sui generis

NSBEWEIS
RISCHEN
S

# Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess

Christoph Mettler

Christoph Mettler

# Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess

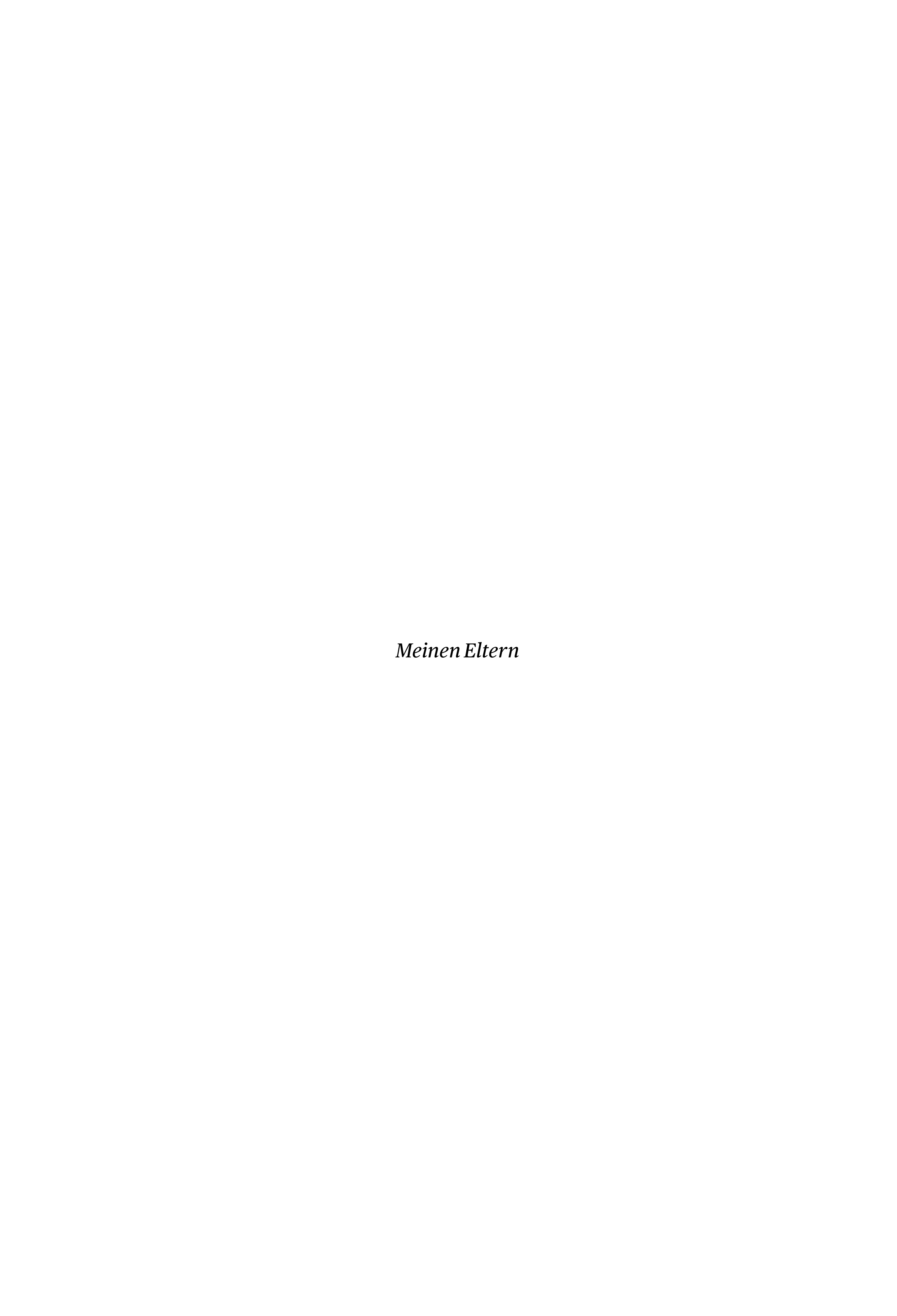
Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

— Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
— Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
— Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
— Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Christoph Mettler

# Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess

sui generis, Zürich 2022



*Meinen Eltern*

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde am 9. März 2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation angenommen. Zum Gelingen dieser Arbeit haben viele Personen auf unterschiedlichste Art und Weise beigetragen:

Herzlicher Dank gebührt an erster Stelle meinem Doktorvater, Prof. Dr. Ulrich Haas, der mich stets umsichtig betreute, ohne dabei die akademische Freiheit einzuschränken. An zweiter Stelle möchte ich Prof. Dr. Samuel Baumgartner für die überaus schnelle Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Rechtsanwältin MLaw Andrea Vogler konnte mir nach Durchsicht von Teilen der Arbeit konstruktive Rückmeldungen und hilfreiche Anregungen geben. Während des ganzen Schreibprozesses hat mich meine Freundin, Rechtsanwältin MLaw Livia Schlegel, bestmöglich unterstützt. Ihr danke ich zudem für das Durchlesen der Arbeit, ihre wertvollen Hinweise und unsere Diskussionen. All dies hat zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Besonders erwähnt seien schliesslich meine Eltern, Marie-Therese und Kaspar Mettler. Sie haben mir meine Ausbildung ermöglicht, mich jederzeit unterstützt und gefördert. Meinem Vater danke ich überdies für das Korrekturlesen der Arbeit.

Zürich, im März 2022
*Christoph Mettler*

# Inhaltsübersicht

# Inhaltsverzeichnis

# Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| Abs. | Absatz |
| AC | Law Reports, Appeal Cases |
| AcP | Archiv für civilistische Praxis (Tübingen) |
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis (Zürich) |
| All ER | All England Law Reports |
| App. | Appellate Court (USA) |
| Art. | Artikel |
| ATAS | Arrêts de la Cour de Justice (GE) |
| Aufl. | Auflage |
| BayObLGZ | Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (München) |
| BECKRS | Beck-Rechtsprechung (München) |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland) |
| BGE | Amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheide |
| BGer | Bundesgericht |
| BGG | Bundesgesetz über das Bundesgericht, SR 173.110 |
| BGH | Deutscher Bundesgerichtshof |
| BJM | Basler juristische Mitteilungen (Basel) |
| BR | Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen (Zürich) |
| BS | Basel-Stadt |
| BSK | Basler Kommentar |
| BStGer | Eidgenössisches Bundesstrafgericht |
| bull. civ. | Bulletin des arrêts des chambres civiles (Cour de cassation) |
| BVGer | Eidgenössisches Bundesverwaltungsgericht |
| bzw. | beziehungsweise |
| ca. | circa |
| CA | Court of Appeal (England) |
| Cal. | California |
| Cass. Civ. | Cour de cassation, chambre civile (Frankreich) |
| CC | Code civil (Frankreich) |
| CSOH | Court of Session Outer House (England) |
| d.h. | das heisst |
| DAR | Deutsches Autorecht (München) |
| Diss. | Dissertation |
| Div. | Division |
| DSG | Bundesgesetz über den Datenschutz, SR 235.1 |
| D-ZPO | Deutsche Zivilprozessordnung |

| | |
|---|---|
| E. | Erwägung |
| EWCA Civ | England and Wales Court of Appeal Civil Division |
| f. | folgende Seite |
| ff. | folgende Seiten |
| Fla. | Florida |
| FN | Fussnote |
| GE | Kanton Genf |
| GesKR | Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich) |
| gl.M. | gleiche Meinung |
| GR | Kanton Graubünden |
| GVP SG | St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis |
| GVP ZG | Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug |
| Habil. | Habilitation |
| HAVE | Verein / Zeitschrift Haftung und Versicherung (Zürich) |
| HC | High Court of England and Wales |
| HGer | Handelsgericht |
| h.L. | herrschende Lehre |
| HL | House of Lords (England) |
| Hrsg. | Herausgeber |
| HWS | Halswirbelsäule |
| Ill. | Illinois |
| IPrax | Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Bielefeld) |
| i.S.v. | im Sinne von |
| JuS | Juristische Schulung – Zeitschrift für Studium und Referendariat (München) |
| KB | Law Reports, King's Bench (England) |
| KG | Kreisgericht Berlin (Oberlandesgericht) |
| KGer | Kantonsgericht |
| km/h | Kilometer pro Stunde |
| La. | Louisiana |
| LeGes | Zeitschrift für Gesetzgebung und Evaluation (Bern) |
| LG | Landgericht |
| Mass. | Massachusetts |
| MDR | Monatsschrift für deutsches Recht (Köln) |
| Minn. | Minnesota |
| mph | miles per hour |
| m.w.H. | mit weiteren Hinweisen |
| N | Randnote |

| | |
|---|---|
| NBER | National Bureau of Economic Research (Cambridge, Mass.) |
| N.J. | New Jersey |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift (München / Frankfurt a.M.) |
| NJW-RR | NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (München / Frankfurt a.M.) |
| Nr. | Nummer |
| N.Y. | New York |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (München) |
| NZV | Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (München) |
| OGer | Obergericht |
| OGH | Oberster Gerichtshof der Republik Österreich |
| ÖJZ | Österreichische Juristen-Zeitung (Wien) |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OLG-NL | OLG Rechtsprechung Neue Länder (München) |
| OR | Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220 |
| PIQR P | Personal Injuries and Quantum Reports (PI pages) |
| PNLR | Professional Negligence and Liability Reports |
| PrHG | Produktehaftpflichtgesetz, SR 221.112.944 |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen) |
| recht | Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern) |
| RuP | Zeitschrift für deutsche und europäische Rechtspolitik (Berlin) |
| r + s | Recht und Schaden (München) |
| S. | Seite |
| SG | Sammelstelle Gerichtsentscheide (Graubünden) oder alternativ Kanton St. Gallen |
| SGHVR | Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht |
| SHK | Stämpflis Handkommentar |
| SJZ | Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich) |
| SOG | Solothurnische Gerichtspraxis |
| sog. | sogenannt |
| SVG | Strassenverkehrsgesetz, SR 741.01 |
| SZZP | Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Basel) |
| u.a. | unter anderem |
| UKHL | United Kingdom House of Lords |
| URP | Umweltrecht in der Praxis (Winterthur) |

| | |
|---|---|
| UVG | Bundesgesetz über die Unfallversicherung, SR 832.20 |
| v. | versus |
| VE | Vorentwurf |
| VersR | Zeitschrift für Versicherungsrecht (Karlsruhe) |
| vgl. | vergleiche |
| VS | Kanton Wallis |
| WLR | Weekly Law Reports |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZBJV | Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern) |
| ZG | Kanton Zug |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210 |
| ZGRB | Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (Tamins) |
| zit. | zitiert als |
| ZH | Kanton Zürich |
| ZPO | Schweizerische Zivilprozessordnung, SR 272 |
| ZR | Zürcherische Rechtsprechung |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel) |
| ZWR | Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (Sion) |
| ZZP | Zeitschrift für Zivilprozess (Köln) |
| ZZPInt | Zeitschrift für Zivilprozess International (Köln) |
| ZZZ | Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich) |

# Literaturverzeichnis

ABLIN KARYN K., Res Ipsa Loquitur and Expert Opinion Evidence in Medical Malpractice Cases: Strange Bedfellows, in: Virginia Law Review 82/1996, S. 325 ff.

ABRAHAM KENNETH S.
- The Trouble with Negligence, in: Vanderbilt Law Review 54/2001, S. 1187 ff. (zit. ABRAHAM, Negligence)
- Self-Proving-Causation, in: Virginia Law Review 99/2013, S. 1811 ff. (zit. ABRAHAM, Self-Proving-Causation)

AHRENS HANS-JÜRGEN, Der Beweis im Zivilprozess, Köln 2015

ALFTER PHILIPP, Das Beweismass in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Diss. Frankfurt a.M., Wiesbaden 2019

ALLEN RONALD J., The nature of juridical proof, in: The International Journal of Evidence & Proof 21/2017, S. 133 ff.

ALLEN RONALD J. / PARDO MICHAEL S.
- The Myth of the Law-Fact Distinction, in: Northwestern University Law Review 97/2003, S. 1769 ff. (zit. ALLEN/PARDO, Law-Fact Distinction)
- Relative plausibility and its critics, in: The International Journal of Evidence & Proof 23/2019, S. 5 ff. (zit. ALLEN/PARDO, Relative Plausibility)

ALTHAMMER CHRISTOPH / ET AL. (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen; Kommentar, 33. Aufl., Köln 2020 (zit. BEARBEITER, Zöller ZPO)

ALTHAMMER CHRISTOPH / TOLANI MADELEINE, Proof of Causation in German Tort Law, in: Tichý Lubos (Hrsg.), Standard of Proof in Europe, Tübingen 2019, S. 109 ff.

AMAYA AMALIA, Coherence, Evidence and Legal Proof, in: Legal Theory 19/2013, S. 1 ff.

AMSTUTZ MARC / KELLER STEFAN / REINERT MANI, «Si unus cum una ...»: Vom Beweismass im Kartellrecht, in: BR 2005, S. 114 ff.

ARENS PETER, Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung, Ein Diskussionsbeitrag zur Auslegung des § 287 ZPO, in: ZZP 1975, S. 1 ff.

ATIYAH P. S., Res Ipsa Loquitur in England and Australia, in: The Modern Law Review 35/1972, S. 337 ff.

AYNÈS AUGUSTIN / VUITTON XAVIER, Droit de la preuve, Principes et mise en œuvre processuelle, 2. Aufl., Paris 2017

BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Handkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010 (zit. BEARBEITER, SHK ZPO)

BAUMGÄRTEL GOTTFRIED, Das Verhältnis von Beweislastumkehr und Umkehr der konkreten Beweisführungslast im deutschen Zivilprozess, in: Heldrich Andreas / Uchida Takeyoshi (Hrsg.), Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996, Berlin 1996, S. 41 ff.

BAUMGÄRTEL GOTTFRIED / LAUMEN HANS-WILLI, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl., Köln 2019

BAUMGARTNER SAMUEL / DOLGE ANNETTE / MARKUS ALEXANDER R. / SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht, mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. Aufl., Bern 2018

BEARDSLEY JAMES, Proof of Fact in French Civil Procedure, in: American Journal of Comparative Law 34/1986, S. 459 ff.

BECKHAUS GERRIT MARIAN, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, Die Enforcement-Richtlinie als Ausgangspunkt für die Einführung einer allgemeinen Informationsleistungspflicht in das deutsche Zivilrecht, Diss. Münster, Tübingen 2010

BEGLINGER MICHAEL, Beweislast und Beweisvereitelung im Zivilprozess, in: ZSR 1996, S. 469 ff.

BENDER ROLF, Das Beweismass, in: Grunsky Wolfgang / Stürner Rolf / Walter Gerhard / Wolf Manfred (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 247 ff.

BERG-WINTERS INA, Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht, Diss. Heidelberg, Frankfurt am Main 2005

BERGER MAX B. / NOGLER ROMAN, Beweisrecht – die Last mit dem Beweis(en), in: recht 2012, S. 168 ff.

BERGER-STEINER ISABELLE

– Beweismass und Privatrecht, in: ZBJV 2008, S. 260 ff. (zit. BERGER-STEINER, ZBJV)

– Das Beweismass im Privatrecht, Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung, Diss. Bern, Bern 2008 (zit. BERGER-STEINER, Dissertation)
– Der Kausalitätsbeweis, in: Weber Stephan (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2009, Zürich 2009, S. 13 ff. (zit. BERGER-STEINER, Kausalitätsbeweis)

BERNHARD ANGELIKA, Die Entscheidbegründung im schweizerischen zivilgerichtlichen Verfahren, Diss. Zürich, Zürich 1983

BEX FLORIS J., Arguments, Stories and Criminal Evidence, Thesis Groningen, Dordrecht 2011

BLUMER HEIDI, Die Haftung für Schädigungen durch unbewegliche Sachen, Diss. Zürich, Zürich 1940

BLUMER RUTH E. / RITTER FRANZISKA, Die Sicht der Wirtschaft: Erfahrungen und Herausforderungen, in: URP 2009, S. 397 ff.

BOCHEŃSKI JOSEPH M., Die zeitgenössischen Denkmethoden, 10. Aufl., Tübingen 1993

BORGHETTI JEAN-SÉBASTIEN
– La responsabilité du fait des produits, Étude de droit comparé, Thèse Paris, Paris 2004 (zit. BORGHETTI, Thèse)
– Causation in Hepatitis B. Vaccination Litigation in France: Breaking Through Scientific Uncertainty?, in: Chicago-Kent Law Review 91/2016, S. 543 ff. (zit. BORGHETTI, Causation)

BORK REINHARD / ROTH HERBERT (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Tübingen 2018 (zit. BEARBEITER, Stein/Jonas)

BOURMISTROV-JÜTTNER ELEONORA, Subjektive Wahrscheinlichkeitstheorie und rationale Entscheidungstheorie in Anwendung auf die Rechtspraxis, Diss. München, München 1987

BOUTONNET MATHILDE, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, Thèse Orléans, Paris 2005

BRACHER NICOLAS, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess, Diss. Basel, Basel 2011

BREHM ROLAND, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 5. Aufl., Bern 2021

BREHM WOLFGANG, Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, Habil. Tübingen, Tübingen 1982

BREM ERNST, Natürlicher und naturgesetzlicher Kausalzusammenhang im Haftpflichtrecht, in: ZSR 1983, S. 309 ff.

BRINKMANN MORITZ
- Das Beweismass im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, Köln 2005 (zit. BRINKMANN, Beweismass)
- Das lex fori-Prinzip und Alternativen, in: ZZP 2016, S. 461 ff. (zit. BRINKMANN, lex fori-Prinzip)

BROADBENT ALEX, Fact and Law in the Causal Inquiry, in: Legal Theory 15/2009, S. 173 ff.

BRÖNNIMANN JÜRGEN
- Die Behauptungs- und Substanzierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989 (zit. BRÖNNIMANN, Dissertation)
- Beweisanspruch und antizipierte Beweiswürdigung, in: Schwander Ivo/Stoffel Walter A. (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 161 ff. (zit. BRÖNNIMANN, Beweisanspruch)
- Zum Anscheinsbeweis, in: Fellmann Walter / Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2018, Beiträge zur Tagung vom 6. Juni 2018 in Luzern, Zürich 2018, S. 17 ff. (zit. BRÖNNIMANN, Anscheinsbeweis)

BROWN RUSSELL, Inferring Cause in Fact and the Search for Legal 'Truth', in: Goldstein Richard (Hrsg.), Perspectives on Causation, Oxford 2011, S. 93 ff.

BRUNNER ALEXANDER, Beweismass und Beweiserleichterung im Privatversicherungsrecht, in: HAVE 2019, S. 361 ff.

BRUNNER ALEXANDER / GASSER DOMINIK / SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. BEARBEITER, DIKE-Kommentar ZPO)

BRUNNER EUGÈNE, Die Verwertung von Fachwissen im handelsgerichtlichen Prozess, in: SJZ 1992, S. 22 ff.

BUCHEGGER WALTER / MARKOWETZ KLAUS, Grundriss des Zivilprozessrechts, Streitiges Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., Wien 2019

BUCIEK KLAUS D., Beweislast und Anscheinsbeweis im internationalen Recht, Eine Untersuchung zum Grundsatz des «Verfahrens nach eigenem Recht», Diss. Bonn, Bonn 1984

BÜCKEN ALEXANDER, Internationales Beweisrecht im Europäischen internationalen Schuldrecht, Diss. Köln, Baden-Baden 2016

BÜHLER ALFRED
- Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, in: Jusletter vom 21. Juni 2010 (zit. BÜHLER, Beweismass)
- Die Beweiswürdigung, in: Brönnimann Jürgen/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, La preuve dans le procès civil, Bern 2000, S. 71 ff. (zit. BÜHLER, Beweiswürdigung)
- Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann Walter / Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2006, Beiträge zur Tagung vom 19. Mai 2006 in Luzern, Zürich 2006, S. 37 ff. (zit. BÜHLER, Gerichtsgutachten)

BÜHLER CHRISTOPH B., Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Isler Peter R. / Sethe Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, S. 61 ff.

BÜHLER ROLAND, Definition des Produktfehlers im Produktehaftpflichtgesetz (PrHG), in: AJP 1993, S. 1425 ff.

BUNGE MARIO, Kausalität, Geschichte und Probleme, Tübingen 1987

CALABRESI GUIDO, Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr., in: University of Chicago Law Review 43/1975, S. 69 ff.

CARPENTER CHARLES E., The Doctrine of Res Ipsa Loquitur, in: University of Chicago Law Review 1/1934, S. 519 ff.

CASEY BRYAN, Robot Ipsa Loquitur, in: Georgetown Law Journal 108/2020, S. 225 ff.

CHABLOZ ISABELLE / DIETSCHY-MARTENET PATRICIA / HEINZMANN MICHEL (Hrsg.), Petit Commentaire CPC, Basel 2020 (zit. BEARBEITER, Petit Commentaire CPC)

CHENG EDWARD K., Reconceptualizing the Burden of Proof, in: Yale Law Journal 122/2013, S. 1254 ff.

CHRISTIE GEORGE C. / SANDERS JOSEPH, Advanced torts, Cases and materials, 3. Aufl., St. Paul, Minn. 2018

CICORIA KATIA, Beweislastverteilung und Beweiserleichterung im Arzthaftungsprozess, in: Jusletter vom 12. April 2010

COESTER-WALTJEN DAGMAR, Internationales Beweisrecht, Das auf den Beweis anwendbare Recht in Rechtsstreitigkeiten mit Auslandsbezug, Habil. München, Ebelsbach 1983

COHEN LAURENCE JONATHAN, The probable and the provable, Oxford 1977

CRABB JOHN H., Res Ipsa Loquitur and Article 1384 of the French Civil Code, in: Inter-American Law Review 4/1962, S. 257 ff.

DANZL KARL-HEINZ, HWS-Schleudertrauma: Aktuelle Rechtsfragen III, in: Danzl Karl-Heinz / Dauner-Lieb Barbara / Wittwer Alexander (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, Festschrift für Christian Huber, München 2020, S. 79 ff.

DECOTTIGNIES ROGER, Les présomptions en droit privé, Thèse Lille, Paris 1949

DESCHENAUX HENRI, La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral, Étude critique de la jurisprudence, Freiburg 1948

DEUTSCH ERWIN

- Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, in: AcP 2002, S. 889 ff. (zit. DEUTSCH, Neues Schuldrecht)
- Der Begriff der Fahrlässigkeit im Obligationenrecht, in: Forstmoser Peter (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 105 ff. (zit. DEUTSCH, Obligationenrecht)

DIEDERICHSEN UWE, Fortschritte im dogmatischen Verständnis des Anscheinsbeweises, in: ZZP 1968, S. 45 ff.

DOLINAR HANS, Bemerkungen zum Prima-Facie-Beweis, in: ÖJZ 1968, S. 431 ff.

DUTTIG ANDREAS, Comfortably satisfied?, Das Beweismass in internationalen Doping- und Spielmanipulationsverfahren vor dem Internationalen Sportschiedsgerichtshof CAS unter besonderer Berücksichtigung des Standards comfortable satisfaction, Diss. Lausanne, Baden-Baden 2019

EHLGEN CHRISTOPHER BOLKO, Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen, Diss. Köln, Tübingen 2013

EISNER FREDERIK, Beweislastfragen und Beweiswürdigung im deutschen und amerikanischen Zivilprozess, in: ZZP 1967, S. 78 ff.

ELSENER ROMAN, «Das hätte man wissen müssen!» – Der Rückschaufehler und sein Einfluss auf das Fahrlässigkeitsdelikt, in: sui generis 2015, S. 117 ff.

ENDRÖS FLORIAN, Produkthaftung in Frankreich, Probleme bei der Harmonisierung des Privatrechts durch Richtlinie, Diss. Bielefeld, Frankfurt am Main 2009

ENGELS GUDRUN, Der Anscheinsbeweis der Kausalität, Unter besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung, Diss. Passau, Frankfurt am Main 1994

ENGISCH KARL
- Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen 1931 (zit. ENGISCH, Kausalität)
- Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963 (zit. ENGISCH, Logische Studien)

FARLEY THORNE JOHN, Mathematics, Fuzzy Negligence, and the Logic of Res Ipsa Loquitur, in: Jurimetrics Journal 1981, S. 92 ff.

FASCHING HANS W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis, 2. Aufl., Wien 1990

FELLMANN WALTER
- Der Produkte- und Fehlerbegriff, in: Weber Rolf H. / Thürer Daniel / Zäch Roger (Hrsg.), Produktehaftpflicht im europäischen Umfeld, Zürich 1994, S. 31 ff. (zit. FELLMANN, Fehlerbegriff)
- Der Produktfehler und sein Nachweis BGE 133 III 81, in: recht 2007, S. 158 ff. (zit. FELLMANN, Produktfehler)
- Substanziierungspflicht nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Fellmann Walter (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011, Beiträge zur Tagung vom 24. Mai 2011 in Luzern, Zürich 2011, S. 13 ff. (zit. FELLMANN, Substanziierungspflicht)

FELLMANN WALTER / KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bern 2012

FELLMANN WALTER / WARZILEK THOMAS, Urteil des BGH VI ZR 179/04 vom 14.6.2005 (VersR 2005, 1238): Anscheinsbeweis, Substanziierungspflicht des Beklagten, Aufklärungspflicht und deren Schutzbereich, in: HAVE 2006, S. 231 ff.

FISCHER WILLI / LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich 2016 (zit. BEARBEITER, Haftpflichtkommentar)

FISCHHOFF BARUCH, Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty, in: Journal of Experimental Psychology 1975, S. 288 ff.

FLOUR JACQUES / AUBERT JEAN-LUC / SAVAUX ERIC, Les obligations, 14. Aufl., Paris 2011

FOERSTE ULRICH, Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen, in: Meller-Hannich Caroline / Haertlein Lutz / Gaul Hans Friedhelm / Becker-Eberhard Ekkehard (Hrsg.), Rechtslage, Rechtserkenntnis, Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 261 ff. (zit. FOERSTE, Erfahrungssätze)

FONGARO ERIC, La loi applicable à la preuve en droit international privé, Thèse Toulouse, Paris 2004

FREI MIRJAM ANNIKA, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, Diss. Zürich, Zürich 2010

FREY TOM, Die Ermittlung des Schadens und anderer quantifizierbarer Werte im Anwendungsbereich von Art. 42 Abs. 2 OR, Diss. Zürich, Zürich 2017

FUCHS BIANCA, Das Beweismass im Arzthaftungsprozess, Diss. Heidelberg, Frankfurt am Main 2005

FURRER ANDREAS / GIRSBERGER DANIEL / SIEHR KURT, Internationales Privatrecht, Allgemeine Lehren, SPR XI/1, Basel 2008

GALAND-CARVAL SUZANNE, Country Reports: France, in: Faure Michael G. / Koziol Helmut (Hrsg.), Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective, Wien 2001, S. 102 ff.

GEIMER REINHOLD, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Köln 2019

GEISER THOMAS / FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BEARBEITER, BSK ZGB I)

GELMAN ANDREW / IMBENS GUIDO, Why ask Why? Forward Causal Inference and Reverse Causal Questions, Working Paper 19614, in: NBER Working Paper Series 2013, S. 1 ff.

GIARD RAIMOND W., Facts, Framing and Fallacies in the Tort of Negligence, in: Giard Raimond W. (Hrsg.), Judicial decision making in civil law, Determinants, dynamics and delusions, Utrecht 2012, S. 41 ff. (zit. GIARD, Facts)

GOLD STEVE, Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence, in: Yale Law Journal 96/1986, S. 376 ff.

GOTTWALD PETER
– Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, Diss. Erlangen-Nürnberg, Berlin 1975 (zit. GOTTWALD, Revisionsinstanz)
– Schadenszurechnung und Schadensschätzung, Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht u. im Schadensersatzprozess, Habil. München, München 1979 (zit. GOTTWALD, Schadenszurechnung)
– Das flexible Beweismass im englischen und deutschen Zivilprozess, in: Gottwald Peter / Jayme Erik / Schwab Dieter (Hrsg.), Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2000, S. 165 ff. (zit. GOTTWALD, Flexibles Beweismass)

GOTTWALD PETER / NAGEL HEINRICH, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Köln 2021

GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA / STEBLER SIMONE, Prozessuale Hürden in Verantwortlichkeitsprozessen, in: GesKR 2009, S. 479 ff.

GRADY MARK F., Untaken Precautions, in: Journal of Legal Studies 1989, S. 139 ff.

GRÄNS MINNA, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, Diss. Uppsala, Berlin 2002

GRECHENIG KRISTOFFEL / STREMITZER ALEXANDER, Der Einwand rechtmässigen Alternativverhaltens – Rechtsvergleich, ökonomische Analyse und Implikationen für die Proportionalhaftung, in: RabelsZ 2009, S. 336 ff.

GREEN LEON, The Causal Relation Issue in Negligence Law, in: Michigan Law Review 60/1962, S. 543 ff.

GREEN SARAH, Causation in negligence, Oxford 2015

GREGER REINHARD
– Beweis und Wahrscheinlichkeit, Das Beweiskriterium im Allgemeinen und bei den sogenannten Beweiserleichterungen, Diss. Erlangen-Nürnberg, Köln 1978 (zit. GREGER, Beweis und Wahrscheinlichkeit)
– Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweises, in: VersR 1980, S. 1091 ff. (zit. GREGER, Anscheinsbeweis)
– Ein Zeuge ist kein Zeuge – Zum Beweiswert des Beifahrers, in: NZV 1988, S. 13 (zit. GREGER, Zeuge)

– Der Anscheinsbeweis – Beweis eines Anscheins oder Anschein eines Beweises, in: Danzl Karl-Heinz / Dauner-Lieb Barbara / Wittwer Alexander (Hrsg.), Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, Festschrift für Christian Huber, München 2020, S. 151 ff. (zit. GREGER, Festschrift Huber)

GROLIMUND PASCAL, Einzelfragen des Internationalen Beweisrechts, in: Fuhrer Stephan / Chappuis Christine (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Liber amicorum Roland Brehm, Bern 2012, S. 167 ff. (zit. GROLIMUND, Internationales Beweisrecht)

GROLIMUND PASCAL / LOACKER LEANDER D. / SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021 (zit. BEARBEITER, BSK IPRG)

GRONER ROGER, Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011

GULDENER MAX
– Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951 (zit. GULDENER, Internationales Zivilprozessrecht)
– Beweiswürdigung und Beweislast, Zürich 1955 (zit. GULDENER, Beweiswürdigung)
– Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht)

GUYAN PETER, Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO, in: ZZZ 2011, S. 3 ff.

HAAS ULRICH / BÜHLER SOPHIE, Substanziierung im Zivilprozess, in: ZZPInt 2017, S. 285 ff.

HAAS ULRICH / MARGHITOLA RETO (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2020 (zit. BEARBEITER, Fachhandbuch Zivilprozessrecht)

HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Aufl., Basel 1990

HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2. Aufl., Zürich 2011

HAINMÜLLER DIETMAR, Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadenersatzprozess, Diss. Tübingen, Tübingen 1966

HANAU PETER, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, Eine Studie zum Problem des pflichtmässigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht, Habil. Göttingen, Göttingen 1970

HART H. L. A. / HONORÉ TONY, Causation in the law, 2. Aufl., Oxford 1985

HASENBÖHLER FRANZ

– Das Beweisrecht der ZPO, Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrecht, Zürich 2015 (zit. HASENBÖHLER, Beweisrecht Band 1)
– Das Beweisrecht der ZPO, Die Beweismittel, Zürich 2019 (zit. HASENBÖHLER, Beweisrecht Band 2)

HAU WOLFGANG, Europarechtliche Vorgaben zum Beweismass im Zivilprozess, in: Brinkmann Moritz / Effer-Uhe Daniel Oliver / Völzmann-Stickelbrock Barbara / Wesser Sabine / Weth Stephan (Hrsg.), Dogmatik im Dienst von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung, Festschrift für Hanns Prütting zum 70. Geburtstag, Köln 2018, S. 325 ff.

HAUSHEER HEINZ / JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, Bern 2003

HAUSHEER HEINZ / WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012 (zit. BEARBEITER, Berner Kommentar ZPO)

HAUSS FRITZ, Besprechung von Jürgen Prölss, Beweiserleichterungen im Schadenersatzprozess, Karlsruhe 1966, in: NJW 1967, S. 969 f.

HECKEL FRED E. / HARPER FOWLER V., Effect of the Doctrine of Res Ipsa Loquitur, in: Illinois Law Review 22/1928, S. 724 ff.

HEESE MICHAEL, Der Versicherungsfall und seine Vortäuschung im deutschen und U.S.-amerikanischen Beweisrecht, in: ZZP 2010, S. 49 ff.

HENDERSON JAMES A. / TWERSKI AARON, The Products Liability Restatement in the Courts: An Initial Assessment, in: William Mitchell Law Review 27/2000, S. 7 ff.

HENKE HORST-EBERHARD, Die Tatfrage, Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität. Habil. Berlin, Berlin 1965

HENSEN SIMONE / KELLER ANSGAR, Der Anscheinsbeweis bei erkennbar glatten Gehwegen, in: NJW 2020, S. 3751 ff.

HERBERGER MAXIMILIAN / SIMON DIETER, Wissenschaftstheorie für Juristen, Logik, Semiotik, Erfahrungswissenschaften, Frankfurt a.M. 1980

HEUSLER A., Die Grundlagen des Beweisrechtes, in: AcP 1879, S. 209 ff.

HO HOCK LAI, A philosophy of evidence law, Justice in the search for truth, Oxford 2008

HOFMANN DAVID / LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 2. Aufl., Berne 2015

HOHL FABIENNE
- Le degré de la preuve, in: Schwander Ivo / Stoffel Walter A. (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 125 ff. (zit. HOHL, Festschrift Vogel)
- La réalisation du droit et les procédures rapides, Évolution et Réformes, Habil. Freiburg, Freiburg 1994 (zit. HOHL, Réalisation)
- Procédure civile, 2. Aufl., Bern 2016 (zit. HOHL, Procédure civile)

HOLLÄNDER PAVEL, Proof and Changing Idea of Truth in Legal Thinking: Reflection on Postmodernism, in: Tichý Lubos (Hrsg.), Standard of Proof in Europe, Tübingen 2019, S. 2 ff.

HOLZHAMMER RICHARD, Österreichisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Wien 1976

HONORÉ TONY, Responsibility and Fault, Oxford 1999

HONSELL HEINRICH
- Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 29.7.1994, W. c. F. (4C.462/1993), Urteilsbesprechung, in: AJP 1995, S. 227 ff. (zit. HONSELL, Urteilsbesprechung)
- Differenztheorie und normativer Schadensbegriff, in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, S. 255 ff. (zit. HONSELL, Differenztheorie)

HONSELL HEINRICH / ISENRING BERNHARD / KESSLER MARTIN A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2013

HUBER MICHAEL, Das Beweismass im Zivilprozess, Diss. Passau, Köln 1983

HUGUENIN-DUMITTAN GEORGES, Behauptungslast, Substantiierungspflicht und Beweislast, Diss. Zürich, Zürich 1980

HUME DAVID, An Abstract of a Treatise of Human Nature, Edition John Maynard Keynes and Piero Sraffa, Cambridge 1938

HYLTON KEITH N., Tort law, A modern perspective, New York 2016

INFANTINO MARTA / ZERVOGIANNI ELENI, The European Ways to Causation, in: Zervogianni Eleni / Infantino Marta (Hrsg.), Causation in European tort law, Cambridge 2017, S. 85 ff.

JACKSON JOHN D., Analysing the New Evidence Scholarship: Towards a New Conception of the Law of Evidence, in: Oxford Journal of Legal Studies 16/1996, S. 309 ff.

JAFFE LOUIS L., Res Ipsa Loquitur Vindicated, in: Buffalo Law Review 1/1951, S. 1 ff.

JAMES FLEMING, Proof of the Breach in Negligence Cases (Including Res Ipsa Loquitur), in: Virginia Law Review 37/1951, S. 179 ff.

JEULAND EMMANUEL, The Standard of Proof in France, in: Tichý Lubos (Hrsg.), Standard of Proof in Europe, Tübingen 2019, S. 183 ff.

JOHNSON MATTHEW R., Rolling the «Barrel» a Little Further: Allowing Res Ipsa Loquitur To Assist in Proving Strict Liability in Tort Manufacturing Defects, in: William & Mary Law Review 38/1996, S. 1197 ff.

JONES MICHAEL A. (Hrsg.), Clerk & Lindsell on torts, 22. Aufl., London 2018 (zit. BEARBEITER, Clerk & Lindsell on Torts)

JOST ARTHUR, Der Haftpflichtprozess in der Schweiz, Ein Leitfaden für die Praxis, Bern 1951

JUCKER BEAT
- Beweisvereitelung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. Basel, Basel 2015 (zit. JUCKER, Diss.)
- Zur Beweisvereitelung bei Verletzung aktienrechtlicher Aufbewahrungspflichten, in: SJZ 2016, S. 169 ff. (zit. JUCKER, SJZ)

JUNGMANN CARSTEN, Der «Anscheinsbeweis ohne ersten Anschein», in: ZZP 2007, S. 459 ff.

JUNGO ALEXANDRA, Zürcher Kommentar, Art. 8 ZGB, Beweislast, 3. Aufl., Zürich 2018

KÄLIN OLIVER, Das Arztzeugnis als Beweismittel bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: ZZZ 2006, S. 335 ff.

KAPLAN JOHN, Decision Theory and the Factfinding Process, in: Stanford Law Review 20/1968, S. 1065 ff.

KAROLLUS MARTIN, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, Zugleich ein Beitrag zum Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus, Habil. Wien, Wien 1992

KATZENMEIER CHRISTIAN, Arzthaftung, Habil. Heidelberg, Tübingen 2002

KAUFMANN URS, Freie Beweiswürdigung im Bundesprivatrecht und in ausgewählten Zivilprozessordnungen: eine Untersuchung zu Begriff, Wesen und Bedeutung der freien richterlichen Überzeugung, Diss. Zürich, Zürich 1986

KAYE DAVID
- Probability Theory meets Res Ipsa Loquitur, in: Michigan Law Review 77/1979, S. 1456 ff. (zit. KAYE, Probability Theory)
- The Laws of Probability and the Law of the Land, in: University of Chicago Law Review 47/1979, S. 34 ff. (zit. KAYE, Law of the Land)
- Naked Statistical Evidence, in: Yale Law Journal 89/1980, S. 601 ff. (zit. KAYE, Statistical Evidence)
- Proof in Law and Science, in: Jurimetrics Journal 32/1992, S. 313 ff. (zit. KAYE, Law and Science)

KEGEL GERHARD, Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: Biedenkopf Kurt H. / Coing Helmut / Mestmäcker Ernst-Joachim (Hrsg.), Das Unternehmen in der Rechtsordnung: Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages am 12. September 1967, Karlsruhe 1967, S. 322 ff.

KELLER ALFRED, Haftpflicht im Privatrecht, 6. Aufl., Bern 2002

KHOURY LARA, Uncertain causation in medical liability, Oxford 2006

KINSCH PATRICK, Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile, in: Puech Marc / et al. (Hrsg.), De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Paris 2009, S. 455 ff.

KLAPPSTEIN VERENA, Lassen sich die verschiedenen zivilprozessualen Figuren der Beweiserleichterung zu einem (lückenlosen) System der Beweiserleichterung zusammenfügen?, in: Effer-Uhe Daniel Oliver / Hoven Elisa / Kempny Simon / Rösinger Luna (Hrsg.), Einheit der Prozessrechtswissenschaft?, Tagung Junger Prozessrechtswissenschaftler am 18./19. September 2015 in Köln, Stuttgart 2016, S. 159 ff.

KLEEWEIN WOLFGANG, Hypothetische Kausalität und Schadensberechnung, Diss. Graz, Wien 1993

KLETT BARBARA, Beweismass und Beweiserleichterung im Haftpflichtrecht, in: Dupont Anne-Sylvie / Heiss Helmut / Krauskopf Frédéric (Hrsg.), Jahrbuch SGHVR 2019, Zürich 2019, S. 5 ff.

KNEUBÜHLER LORENZ, Die Begründungspflicht, Eine Untersuchung über die Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide, Diss. Bern, Bern 1998

KOCH HANS-JOACHIM / RÜSSMANN HELMUT, Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982

KOFMEL EHRENZELLER SABINE, Art. 8 ZGB - Aktuelles zu einer vertrauten Beweisregel in nationalen und internationalen Fällen, in: ZBJV 2001, S. 813 ff.

KOLB KATHARINA MARIA, Auf der Suche nach dem Verschuldensgrundsatz, Untersuchungen zur Faktizität der Culpa-Doktrin im deutschen ausservertraglichen Haftungsrecht, Diss. München, München 2008

KOLLHOSSER HELMUT, Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung, in: AcP 1965, S. 46 ff.

KONECNY ANDREAS (Hrsg.), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Aufl., Wien 2017 (zit. BEARBEITER, Fasching/Konecny)

KONZEN HORST, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in: Schilken Eberhard / Becker-Eberhard Ekkehard / Gerhardt Walter (Hrsg.), Festschrift für Hans Friedhelm Gaul zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1997, S. 335 ff.

KORIATH HEINZ, Kausalität und objektive Zurechnung, Baden-Baden 2007

KOTTMANN ANDREA, Schadensberechnung und Schadensschätzung bei Körperverletzung und Tötung, Notwendigkeit der Bildung von Regeln, Diss. Luzern, Bern 2012

KOZIOL HELMUT, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2020 (zit. KOZIOL, Haftpflichtrecht)

KRAATZ ERIK, Der Einfluss der Erfahrung auf die tatrichterliche Sachverhaltsfeststellung, Zum «strafprozessualen» Anscheinsbeweis, Habil. Berlin, Berlin 2011

KRAMER ERNST A.

- Die Kausalität im Haftpflichtrecht, in: ZBJV 1987, S. 289 ff. (zit. KRAMER, Kausalität)
- Schleudertrauma: Das Kausalitätsproblem im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, in: BJM 2001, S. 153 ff. (zit. KRAMER, Schleudertrauma)

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC / ZELLWEGER DEBORAH, Unterlassung als Haftungsursache, in: Fellmann Walter / Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2019, Beiträge zur Tagung vom 16. Mai 2019 in Luzern, Zürich 2019, S. 71 ff.

KRÜGER WOLFGANG / RAUSCHER THOMAS, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Aufl., München 2020 (zit. BEARBEITER, Münchener Kommentar)

KUHLEN LOTHAR, Die Unterscheidung von Rechts- und Tatfrage und ihre Bedeutsamkeit für das Strafprozessrecht, in: Alexy Robert / et al. (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 323 ff.

KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts, Nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984 (zit. KUMMER, Grundriss)

KUNTSCHEN SIBYLLE, Die antizipierte Beweiswürdigung im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Basel, Zürich 2021

LANDOLT HARDY, Beweiserleichterungen und Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess, in: Fellmann Walter (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011, Beiträge zur Tagung vom 24. Mai 2011 in Luzern, Zürich 2011, S. 81 ff.

LANDOLT HARDY / HERZOG-ZWITTER IRIS, Arzthaftungsrecht, Handbuch zum Arzthaftungsrecht und elektronische Datenbank mit ca. 1400 Arzthaftungsentscheiden, Zürich 2015

LANZ MARCEL, Die Haftung beim medizinischen Einsatz synthetischer Nanopartikel, Beurteilung nach allgemeiner Verschuldens- und Produktehaftung, Diss. Freiburg i.Ü., Zürich 2020

LARENZ KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991

LAUMEN HANS-WILLI

- Die sog. tatsächliche Vermutung, in: MDR 2015, S. 1 ff. (zit. LAUMEN, tatsächliche Vermutung)

– Die «Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr» – Ein beweisrechtliches Phänomen, in: NJW 2002, S. 3739 ff. (zit. LAUMEN, Beweiserleichterung)
– Der Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht, in: Huber Christian / Jaeger Dominique / Luckey Jan (Hrsg.), Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag, Köln 2014, S. 71 ff. (zit. LAUMEN, Arzthaftungsrecht)

LAURI HANS, Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Diss. Bern, Bern 1976

LEIPOLD DIETER
– Beweismass und Beweislast im Zivilprozess, Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27. Juni 1984, Berlin 1985 (zit. LEIPOLD, Beweismass und Beweislast)
– Wahrheit und Beweis im Zivilprozess, in: Heldrich Andreas / Uchida Takeyoshi (Hrsg.), Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag am 2. März 1996, Berlin 1996, S. 301 ff. (zit. LEIPOLD, Wahrheit und Beweis)

LEMPERT RICHARD O., Modeling Relevance, in: Michigan Law Review 75/1977, S. 1021 ff.

LEPA MANFRED
– Beweiserleichterungen im Haftpflichtrecht, in: NZV 1992, S. 129 ff. (zit. LEPA, Beweiserleichterungen)
– Der Anscheinsbeweis in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Gerhardt Walter / Henckel Wolfram / Kilger Joachim / Kreft Gerhart (Hrsg.), Festschrift für Franz Merz, Zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992, Köln 1992, S. 387 ff. (zit. LEPA, Anscheinsbeweis)

LEUENBERGER CHRISTOPH / UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016

LIENHARD ANDREAS
– Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, Zürich 2013 (zit. LIENHARD, Materielle Prozessleitung)
– Beweislast und Beweislastumkehr im Schweizer Privatrecht, in: ZZZ 2021, S. 389 ff. (zit. LIENHARD, Beweislast)

LOEVINGER LEE, Standards of Proof in Science and Law, in: Jurimetrics Journal 32/1992, S. 323 ff.

LOPATKA JOHN E. / KAHN JEFFREY, Res Ipsa Loquitur: Reducing Confusion or Creating Bias?, in: Kentucky Law Journal 108/2020, S. 239 ff.

LORENZ TABEA, Beweiserhebung mittels Parteiaussage, Diss. St. Gallen, Zürich 2019

LOUISELL DAVID W. / WILLIAMS HAROLD, Res Ipsa Loquitur. Its Future in Medical Malpractice Cases, in: California Law Review 48/1960, S. 252 ff.

MAASSEN BERNHARD M., Beweismassprobleme im Schadensersatzprozess, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Problem des Beweismasses im deutschen und anglo-amerikanischen Prozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Schadensersatzprozesses. Diss. Bonn, Köln 1975

MACKIE JOHN LESLIE, Causes and Conditions, in: American Philosophical Quarterly 2/1965, S. 245 ff.

MATHIS KLAUS, Effiziente Haftung, Heuristics and Biases, in: Fellmann Walter (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2013, Beiträge zur Tagung vom 5. Juni 2013 in Luzern, Zürich 2013, S. 13 ff.

MEIER ISAAK
- Das Beweismass – ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, in: BJM 1989, S. 57 ff. (zit. MEIER, Beweismass)
- Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, Mit Gerichtsstandsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005 (zit. MEIER, Internationales Zivilprozessrecht)
- Schweizerisches Zivilprozessrecht, Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010 (zit. MEIER, Zivilprozessrecht)

MEIER RAOUL A., Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel, Basel 2015

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung Artikel 1–10 ZGB, Berner Kommentar, Bern 1962 (zit. BEARBEITER, Berner Kommentar 1966)

MEYER KILIAN, Die gerechte Begründung, in: AJP 2010, S. 1416 ff.

MOORE MICHAEL S., Causation and responsibility, An essay in law, morals, and metaphysics, Oxford 2010

MORÉTEAU OLIVIER, Basic Questions of Tort Law from a French Perspective, in: Koziol Helmut (Hrsg.), Basic questions of tort law from a comparative perspective, Wien 2015, S. 3 ff.

MOSIMANN HANS-JAKOB, Entscheidbegründung, Begründung und Redaktion von Gerichtsurteilen und Verfügungen, Zürich 2013

MÜLLER CHRISTOPH, Perte d'une chance – Revisited, in: Weber, Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2018, Zürich 2018, S. 15 ff.

MÜLLER GERDA, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess, in: NJW 1997, S. 3049 ff.

MÜLLER ROLAND, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: AJP 2010, S. 167 ff.

MUMMENHOFF WINFRIED, Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität, Köln 1997

MUSIELAK HANS-JOACHIM
- Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Habil. Köln, Berlin 1975 (zit. MUSIELAK, Beweislast)
- Die Schwierigkeit, einen Kausalitätsbeweis zu führen, in: Adolphsen Jens / et al. (Hrsg.), Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 465 ff. (zit. MUSIELAK, Kausalitätsbeweis)

MUSIELAK HANS-JOACHIM / STADLER MAX, Grundfragen des Beweisrechts, in: JuS 1980, S. 583 ff.

MUSIELAK HANS-JOACHIM / VOIT WOLFGANG (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Mit Gerichtsverfassungsgesetz, 18. Aufl., München 2021 (zit. BEARBEITER, Musielak/Voit)

NACK RALPH, Der Indizienbeweis, in: MDR 1986, S. 366 ff.

NATSCH MARKUS, Dopingbekämpfung und Unschuldsvermutung, Die Rechtsprechung der Disziplinarkammer für Dopingfälle von Swiss Olympic unter besonderer Berücksichtigung der Unschuldsvermutung, Diss. Bern 2009, Bern 2009

NEF JÜRG, Auffahrkollisionen im Strassenverkehr aus Sicht des Haftpflichtrechts, in: HAVE 2007, S. 122 ff.

NELL ERNST LUDWIG, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, Diss. Bayreuth, Berlin 1983

NIGG GABY
- Das Beweisrecht bei internationalen Privatrechtsstreitigkeiten, Diss. St. Gallen, St. Gallen 1999 (zit. NIGG, Beweisrecht)

– Das Beweisrecht bei internationalen Privatrechtsstreitigkeiten: Ein Überblick, in: Brönnimann Jürgen / Leuenberger Christoph (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, La preuve dans le procès civil, Bern 2000, S. 35 ff. (zit. NIGG, Überblick)

NIGGLI MARCEL ALEXANDER / UEBERSAX PETER / WIPRÄCHTIGER HANS / KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BEARBEITER, BSK BGG)

NONN MICHAEL, Die Beweiswürdigung im Zivilprozess, Unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Basel-Landschaft, Diss. Basel, Basel 1996

NOTES, Rethinking Actual Causation in Tort Law, in: Harvard Law Review 130/2017, S. 2163 ff.

OBERHAMMER PAUL
– Antizipierte Beweiswürdigung: Verfahrensmangel als Prozessgrundsatz?, in: Forstmoser Peter / Honsell Heinrich / Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht; Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 507 ff. (zit. OBERHAMMER, Antizipierte Beweiswürdigung)
– Tatsächlich Recht haben, in: Bittner Ludwig / Klicka Thomas / Kodek Georg E. / Oberhammer Paul (Hrsg.), Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag, Wien 2005, S. 413 ff. (zit. OBERHAMMER, Tatsächlich Recht haben)

OBERHAMMER PAUL / DOMEJ TANJA / HAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BEARBEITER, KuKo ZPO)

OBERHEIM RAINER, Beweiserleichterungen im Zivilprozess, in: JuS 1996, S. 918 ff.

OFTINGER KARL / STARK EMIL W.
– Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Aufl., Zürich 1987 (zit. OFTINGER/STARK, Band 2/1)
– Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Erster Band, 5. Aufl., Zürich 1995 (zit. OFTINGER/STARK, Band 1)

ORFANIDIS GEORGIOS, Rechtsbegriffe als Beweis- und Geständnisgegenstand, in: Lüke Gerhard / Mikami Takehiko / Prütting Hanns (Hrsg.), Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag am 27. November 2001, Berlin 2001, S. 381 ff.

ÖRY MARIKA, Kollektivität im Haftungsrecht, Die haftungsbegründenden Kategorien Verhalten und Interesse in der Erfassung von Kollektivphänomenen, Diss. Giessen, Tübingen 2020

PAPANIKOLAOU DIMITRIOS, Die sekundäre Erklärungspflicht im Zivilprozess, Diss. Berlin, Berlin 2017

PARDO MICHAEL S. / ALLEN RONALD J., Juridical Proof and the Best Explanation, in: Law and Philosophy 27/2008, S. 223 ff.

PÄRLI KURT / HUG JULIA / PETRIK ANDREAS, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Bern 2015

PASQUIER BRUNO

- Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg, Zürich 2014 (zit. PASQUIER, Dissertation)
- Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – Kritik an Art. 42 Abs. 2 OR, in: HAVE 2015, S. 235 ff. (zit. PASQUIER, Schätzung)
- Beweiserleichterung und Erfahrungssätze in der Berechnung des Personenschadens, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich 2016, S. 147 ff. (zit. PASQUIER, Beweiserleichterung)

PAULUS CHRISTOPH G., Beweismass und materielles Recht, in: Schilken Eberhard / Kreft Gerhart / Wagner Gerhard / Eckardt Diederich (Hrsg.), Festschrift für Walter Gerhardt, Köln 2004, S. 747 ff.

PAWLOWSKI ENKA, Der Prima-Facie-Beweis bei Schadenersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag, Diss. Göttingen, Göttingen 1966

PELLI OLIVIA, Beweisverträge im Zivilprozess, Diss. Zürich, Zürich 2012

PELLONI GIOVANNI, Privatrechtliche Haftung für Umweltschäden und Versicherung, Diss. Zürich, Zürich 1993

PENNINGTON NANCY / HASTIE REID, A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model, in: Cardozo Law Review 13/1991, S. 513 ff.

PORAT ARIEL / STEIN ALEX, Tort liability under uncertainty, Oxford 2001

PROSSER WILLIAM L.

- The Procedural Effect of Res Ipsa Loquitur, in: Minnesota Law Review 20/1936, S. 241 ff. (zit. PROSSER, Procedural Effect)
- Res Ipsa Loquitor in California, in: California Law Review 37/1949, S. 183 ff. (zit. PROSSER, California)

PROSSER WILLIAM L. / KEETON W. PAGE, Prosser and Keeton on the law of torts, 5. Aufl., St. Paul, Minn. 1984

PRÜTTING HANNS
- Gegenwartsprobleme der Beweislast, Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht, Habil. Erlangen-Nürnberg, München 1983 (zit. PRÜTTING, Beweislast)
- Wahrheit im Zivilprozess?, in: Adolphsen Jens / et al. (Hrsg.), Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 507 ff. (zit. PRÜTTING, Wahrheit)

PRÜTTING HANNS / GEHRLEIN MARKUS (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Kommentar, 12. Aufl., Köln 2020 (zit. BEARBEITER, Prütting/Gehrlein)

QUENTIN ANDREAS, Kausalität und deliktische Haftungsbegründung, Zugleich ein Beitrag zum Kausalitätsproblem bei Waldschadensfällen, Diss. Erlangen-Nürnberg, Berlin 1994

QUÉTAND-FINET CLAIRE, Les présomptions en droit privé, Thèse Paris, Paris 2013

QUÉZEL-AMBRUNAZ CHRISTOPHE, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, Thèse l'Université de Savoie, Paris 2010

RASCHEIN ROLF, Widerrechtlichkeit und Verschulden in der Arzthaftpflicht, in: ZGRB 1989, S. 62 ff.

RASSI JÜRGEN, Kooperation und Geheimnisschutz bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess, Möglichkeiten der geschützten Verwertung von Unternehmensgeheimnissen im Spannungsfeld von rechtlichem Gehör, effektivem Rechtsschutz und prozessualen Kooperationspflichten, Habil. Wien, Wien 2020

RECHBERGER WALTER H.
- Der Anscheinsbeweis in der österreichischen Literatur, in: ÖJZ 1972, S. 425 ff. (zit. RECHBERGER, Anscheinsbeweis)
- Zur prozessualen Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess, in: Krejci Heinz / et al. (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik im Arbeits- und Sozialrecht, Festschrift Theodor Tomandl zum 65. Geburtstag, Wien 1998, S. 649 ff. (zit. RECHBERGER, Arzthaftungsprozess)
- Gerichtskundigkeit als «Abkürzung» der prozessualen Stoffsammlung, in: Brinkmann Moritz / Effer-Uhe Daniel Oliver / Völzmann-Stickelbrock Barbara / Wesser Sabine / Weth Stephan (Hrsg.), Dogmatik im Dienst von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung, Festschrift für

Hanns Prütting zum 70. Geburtstag, Köln 2018, S. 479 ff. (zit. RECHBERGER, Gerichtskundigkeit)

REHBINDER MANFRED, Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, in: Schwander Ivo / Stoffel Walter A. (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 183 ff.

REICHART PETER, Die Kausalität, ein neues Hindernis im Verantwortlichkeitsprozess? – Zur neueren Praxis des Bundesgerichts, in: Sethe Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X, Verantwortlichkeitsprozesse – Tagungsband 2020, Zürich 2021, S. 139 ff.

REY HEINZ / WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018

RIEZLER ERWIN, Haftung für Schädigung durch Sachen nach französischem und englischem Recht, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1931, S. 567 ff.

ROBERTO VITO
- Schadensrecht, Habil. Zürich, Basel 1997 (zit. ROBERTO, Schadensrecht)
- Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002 (zit. ROBERTO, Haftpflichtrecht)

ROBERTO VITO / GRECHENIG KRISTOFFEL, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, in: ZSR 2011, S. 5 ff.

ROBERTSON DAVID W., The Common Sense of Cause in Fact, in: Texas Law Review 75/1996-1997, S. 1765 ff.

RÖCKRATH LUIDGER, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung, Rechtliche und ökonomische Analyse, Diss. München, München 2004

RÖDIG JÜRGEN, Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, Die Grundlinien des zivil-, straf- und verwaltungsgerichtlichen Prozesses, Berlin 1973

ROMERIO FLAVIO, Toxische Kausalität, Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Studie, Diss. Basel, Basel 1996

ROMMÉ OLIVER, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast, Diss. Saarbrücken, Köln 1988

ROSENBERG LEO / SCHWAB KARL HEINZ / GOTTWALD PETER, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018

ROSENTHAL JACOB, Wahrscheinlichkeiten als Tendenzen, Eine Untersuchung objektiver Wahrscheinlichkeitsbegriffe, Diss. Konstanz, Paderborn 2004

RUSCH ARNOLD, Recht einfach – Heuristik und Recht, in: LeGes 2012, S. 337 ff.

RÜSSMANN HELMUT
- Allgemeine Beweislehre und Denkgesetze, in: RuP 1982, S. 62 ff. (zit. RÜSSMANN, Beweislehre)
- Normtatsachen – ein vorläufiger Überblick, in: Alexy Robert / et al. (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 357 ff. (zit. RÜSSMANN, Normtatsachen)
- Das flexible Beweismass - eine juristische Entdeckung, in: Adolphsen Jens /et al. (Hrsg.), Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 539 ff. (zit. RÜSSMANN, flexibles Beweismass)

SÄCKER FRANZ-JÜRGEN / RIXECKER ROLAND / OETKER HARTMUT / LIMPERG BETTINA (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 8. Aufl., München 2020 (zit. BEARBEITER, Münchener Kommentar BGB)

SAENGER INGO (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht, 9. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. BEARBEITER, Handkommentar D-ZPO)

SAMUELSSON EVALOTTA, Conditio sine qua non im Arzthaftungsrecht, in: HAVE 2021, S. 3 ff.

SANDER JÜRGEN H. A., Normtatsachen im Zivilprozess, Diss. Bremen, Berlin 1998

SARBACH MARTIN, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, in: ZBJV 2000, S. 685 ff.

SCHACK HAIMO
- Beweisregeln und Beweismass im Internationalen Zivilprozessrecht, in: Hilbig-Lugani Katharina / et al. (Hrsg.), Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2015, Bielefeld 2015, S. 725 ff. (zit. SCHACK, Beweisregeln)
- Internationales Zivilverfahrensrecht, Mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht, 8. Aufl., München 2021 (zit. SCHACK, Internationales Zivilverfahrensrecht)

SCHAFFER JONATHAN, Contrastive Causation in the Law, in: Legal Theory 16/2010, S. 259 ff.

SCHIFF STANLEY, A res ipsa loquitur Nutshell, in: The University of Toronto Law Journal 26/1976, S. 451 ff.

SCHLAURI SIMON, Elektronische Signaturen, Diss. Zürich, Zürich 2002

SCHMID HANS, Art. 8 ZGB: Überblick und Beweislast, in: Brönnimann, Jürgen / Leuenberger, Christoph (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozess, La preuve dans le procès civil, Bern 2000, S. 11 ff.

SCHMID JEAN-DANIEL / HOFER THOMAS, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, in: ZZZ 2016, S. 282 ff.

SCHMID ROLAND, Verfahrens- und Beweisfragen bei Personenschadensfällen, in: Fellmann, Walter / Weber, Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Beiträge zur Tagung vom 6. Mai 2015 in Luzern, Zürich 2015, S. 163 ff.

SCHMIDT EIKE, Der Umgang mit Normtatsachen im Zivilprozess, in: Broda Christian / Deutsch Erwin / Schreiber Hans-Ludwig / Vogel Hans-Jochen (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, Darmstadt 1985, S. 807 ff.

SCHUBARTH MARTIN, Berufung und staatsrechtliche Beschwerde, in: BJM 1985, S. 57 ff.

SCHULIN BERTRAM, Der natürliche, vorrechtliche Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht, Diss. München, Berlin 1976

SCHULTE WILLEM / TISCH KATHARINA, Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im digitalen Umbruch, in: NZA 2020, S. 761 ff.

SCHULZE-HAGEN ALFONS, Die Bindungswirkung technischer Normen und der Anscheinsbeweis im Baurechtsprozess, in: Siegburg Frank (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Werner zum 65. Geburtstag, Düsseldorf 2005, S. 355 ff.

SCHUMACHER RAINER

– Beweisprobleme im Bauprozess, in: Aargauischer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, Zur Vollendung seines 80. Lebensjahres, Aarau 1990, S. 157 ff. (zit. SCHUMACHER, Beweisprobleme)
– Die Haftung des Architekten für seine Kosteninformationen, BGE 119 II 249, in: recht 1994, S. 126 ff. (zit. SCHUMACHER, Kosteninformationen)

SCHURTER EMIL, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung, Diss. Zürich, Zürich 1890

SCHURTER EMIL / FRITZSCHE HANS, Das Zivilprozessrecht des Bundes, Zürich 1924

SCHWEIZER MARK
- Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, Diss. Zürich, Zürich 2005 (zit. SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen)
- Substanziieren – wozu?, in: SJZ 2012, S. 557 ff. (zit. SCHWEIZER, Substanziieren)
- Beweiswürdigung und Beweismass, Rationalität und Intuition, Habil. St. Gallen, Tübingen 2015 (zit. SCHWEIZER, Habil.)
- Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich 2016, S. 163 ff. (zit. SCHWEIZER, Schätzung)

SEIDL CHRISTOPH, Die Behandlung juristisch eingekleideter Tatsachenbehauptungen im Zivilprozess, Diss. München, Berlin 2019

SEITER HUGO, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Grunsky Wolfgang / Stürner Rolf / Walter Gerhard / Wolf Manfred (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 573 ff.

SETHE ROLF / FAHRLÄNDER LUKAS, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, in: Sethe Rolf (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X, Verantwortlichkeitsprozesse – Tagungsband 2020, Zürich 2021, S. 199 ff.

SEVELIN ELLIKA, What about the non-legal facts: Revising Allen and Pardo's analytical distinction between law and fact, in: The International Journal of Evidence & Proof 23/2019, S. 349 ff.

SIDIROPOULOS ALEXIA, Die Haftung des Spitals, Unter besonderer Berücksichtigung des anwendbaren Rechts und der Organisationshaftung, Diss. Luzern, Bern 2019

SIDLER MAX, Schadenschätzung und Gerechtigkeitsgebot – oder: die Beweismechanik bei ziffernmässig nicht nachweisbaren Schäden, in: AJP 2005, S. 535 ff.

SIEGENTHALER THOMAS, Die Kosteninformation, in: Stöckli Hubert / Siegenthaler Thomas (Hrsg.), Die Planerverträge, Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2. Aufl., Zürich 2019

SIEGRIST EDGAR, Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, Diss. Bern, Bern 1938

SIMON DAN, A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making, in: University of Chicago Law Review 71/2004, S. 511 ff.

SPINDLER GERALD, Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht, in: AcP 2008, S. 283 ff.

SPÜHLER KARL / TENCHIO LUCA / INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BEARBEITER, BSK ZPO)

STAEHELIN ADRIAN / GROLIMUND PASCAL / STAEHELIN DANIEL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. BEARBEITER, Staehelin/Staehelin/Grolimund)

STAPLETON JANE
- Causation in the Law, in: Beebee Helen / Hitchcock Christopher / Menzies Peter (Hrsg.), The Oxford handbook of causation, Oxford 2012, S. 744 ff. (zit. STAPLETON, Causation)
- Unnecessary Causes, in: Law Quarterly Review 129/2013, S. 39 ff. (zit. STAPLETON, Unnecessary Causes)

STAUCH MARC, The law of medical negligence in England and Germany, A comparative analysis, Thesis Göttingen, Oxford 2008

STEEL SANDY
- Justifying Exceptions to Proof of Causation in Tort Law, in: Modern Law Review 78/2015, S. 729 ff. (zit. STEEL, Exceptions)
- Proof of Causation in Tort Law, Thesis Cambridge, Cambridge 2015 (zit. STEEL, Proof of Causation)

STEIN FRIEDRICH, Das Private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, Tübingen 1893

STICKELBROCK BARBARA, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, Habil. Köln, Köln 2002

STIEPER MALTE, Der Beweis negativer Tatsachen, insbesondere der Neuheit von Immaterialgütern im Verletzungsprozess, in: ZZP 2010, S. 27 ff.

STRÄTER JENNY, Grober Behandlungsfehler und Kausalitätsvermutung, Beweislastumkehr ohne medizinwissenschaftliche Basis?, Diss. Bremen, Baden-Baden 2006

STREMITZER ALEXANDER, Haftung bei Unsicherheit des hypothetischen Kausalitätsverlaufs: Berechnungsmethoden am Beispiel der Arzthaftung, in: AcP 2008, S. 676 ff.

STUDER ALBERT / JUVET ISABELLE / ZANONI URSINA, Schockschaden – eine herausfordernde Zurechnungsfrage, in: HAVE 2019, S. 219 ff.

STUDHALTER BERNHARD, Die Berufung des präsumtiven Haftpflichtigen auf hypothetische Kausalverläufe, Hypothetische Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten, Diss. Zürich, Zürich 1995

STÜRNER ROLF, Materielles Schadensersatzrecht und Schätzung im Prozess, in: Fankhauser Roland / Widmer Lüchinger Corinne / Kingler Rafael / Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 657 ff.

SUMMERMATTER DANIEL, Kausalität, Ein Handbuch, Bern 2019

SUMMERMATTER DANIEL / JACOBER CLAUDIA, Zum Beweismass beim Kausal- und Motivationszusammenhang, in: HAVE 2012, S. 136 ff.

SUTTER PETER, Die Beweislastregeln unter besonderer Berücksichtigung des verwaltungsrechtlichen Streitverfahrens, Diss. St. Gallen, St. Gallen 1988

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017

SUTTER-SOMM THOMAS / HASENBÖHLER FRANZ / LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER, Zürcher Kommentar ZPO)

THAGARD PAUL, Coherence in thought and action, Cambridge, Mass. 2000

THOLE CHRISTOPH, Anscheinsbeweis und Beweisvereitelung im harmonisierten Europäischen Kollisionsrecht – ein Prüfstein für die Abgrenzung zwischen lex causae und lex fori, in: IPRax 2010, S. 285 ff. (zit. THOLE, Kollisionsrecht)

TREZZINI FRANCESCO / DROESE LORENZ, Ärztliche Äusserungen im Zivilprozess – ein Blick in die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung, in: SZZP 2020, S. 277 ff.

TRIBE LAURENCE H., Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process, in: Harvard Law Review 84/1971, S. 1329 ff.

TURTON GEMMA, Evidential uncertainty in causation in negligence, Thesis Birmingham, Oxford 2016

TVERSKY AMOS / KAHNEMAN DANIEL, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, in: Science 185/1974, S. 1124 ff.

TWINING WILLIAM, Theories of evidence: Bentham and Wigmore, London 1985

UMBACH PATRICK / WEBER ROLF H., Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen, in: Weber Rolf H. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Zürich 2003, S. 111 ff.

VAN BOOM WILLEM H. / ET AL., Product Liability in Europe, in: Koziol Helmut / Green Michael D. / Lunney Mark / Oliphant Ken / Yang Lixin (Hrsg.), Product Liability, Fundamental Questions in a Comparative Perspective, Berlin/Boston 2017, S. 255 ff.

VERGÈS ÉTIENNE / KHOURY LARA, Le traitement judiciaire de la preuve scientifique: une modélisation des attitudes du juge face à la connaissance scientifique en droit de la responsabilité civile, in: Les cahiers de droit 58/2017, S. 517 ff.

VERGÈS ÉTIENNE / VIAL GÉRALDINE / LECLERC OLIVIER, Droit de la preuve, Paris 2015

VETTER MEINRAD / PEYER DANIEL, Bekannte Tatsachen – unter besonderer Berücksichtigung des Internets, in: Gschwend Lukas / Hettich Peter / Müller-Chen Markus / Schindler Benjamin / Wildhaber Isabelle (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich 2015, S. 759 ff.

VINEY GENEVIÈVE / JOURDAIN PATRICE / CARVAL SUZANNE, Les conditions de la responsabilité, 4. Aufl., Paris 2013

VISCHER FRANK, Zur Stellung und Verantwortung des Verwaltungsrates in der Grossaktiengesellschaft, in: Forstmoser Peter (Hrsg.), Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, Zürich 1978, S. 71 ff.

VOGLER PATRICK, Der Schockschaden im Strafrecht, Diss. Luzern, Zürich 2020

VON CAEMMERER ERNST, Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht, in: RabelsZ 1978, S. 5 ff.

VON DÄNIKEN FRANZ, Rechts- und Tatfragen im Haftpflichtprozess, Diss. Zürich, Zürich 1976

VON GREYERZ CHRISTOPH, Der Beweis negativer Tatsachen, Diss. Bern, Bern 1963

WAHRENDORF VOLKER, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, Diss. Köln, Köln 1976

WALKER VERN R., Restoring the Individual Plaintiff to Tort Law by Rejecting «Junk Logic» about Specific Causation, in: Alabama Law Review 56/2004, S. 381 ff.

WALTER GERHARD
- Der Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises, in: ZZP 1977, S. 270 ff. (zit. WALTER, Anwendungsbereich)
- Freie Beweiswürdigung, Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung; Habil. Tübingen, Tübingen 1979 (zit. WALTER, Freie Beweiswürdigung)

WALTER GERHARD / DOMEJ TANJA, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, Ein Lehrbuch, 5. Aufl., Bern 2012

WALTER HANS PETER
- Tat- und Rechtsfragen, in: Fellmann Walter / Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2006, Beiträge zur Tagung vom 19. Mai 2006 in Luzern, Zürich 2006, S. 15 ff. (zit. WALTER, Tat- und Rechtsfragen)
- Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2000 bis 2006 – Veröffentlicht in den Bänden 127 bis 132, in: ZBJV 2007, S. 725 ff. (zit. WALTER, Rechtsprechung)
- Beweislastverteilung bei Leistungsstörungen, in: Koller Alfred (Hrsg.), Leistungsstörungen, Nicht- und Schlechterfüllung von Verträgen, St. Gallen 2008, S. 61 ff. (zit. WALTER, Leistungsstörungen)
- Beweis und Beweislast im Haftpflichtrecht, in: Fellmann Walter / Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2009, Beiträge zur Tagung vom 14. Mai 2009 in Luzern, Zürich 2009, S. 47 ff. (zit. WALTER, Beweis Haftpflichtrecht)
- Art. 8 ZGB, in: Hausheer Heinz / Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, Bern 2012 (zit. WALTER, Berner Kommentar 2012)
- Der Anscheinsbeweis im Haftpflichtrecht, in: Fuhrer Stephan / Chappuis Christine (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Liber amicorum Roland Brehm, Bern 2012, S. 447 ff. (zit. WALTER, Anscheinsbeweis)

WALTON C. T. / ET AL. (Hrsg.), Charlesworth & Percy on negligence, 14. Aufl., London 2018 (zit. BEARBEITER, Charlesworth & Percy on negligence)

WASSERMANN RUDOLF (Hrsg.), Alternativkommentar ZPO, Darmstadt 1986 (zit. BEARBEITER, Alternativkommentar ZPO)

WASSERMEYER HEINZ, Der prima facie Beweis und die benachbarten Erscheinungen: eine Studie über die rechtliche Bedeutung der Erfahrungssätze, Münster 1954

WATTER ROLF / HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 5. Aufl., Basel 2016 (zit. BEARBEITER, BSK OR II)

WEBB G. GREGG, The Law of Falling Objects: Byrne v Boadle and the Birth of Res Ipsa Loquitur, in: Stanford Law Review 59/2010, S. 1065 ff.

WEBER HELMUT, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess, Kausalität, Beweiswürdigung und Beweismass, Beweiserleichterungen; vornehmlich im Blick auf den Schadensersatzprozess wegen unerlaubter Handlungen, Habil. Tübingen, Tübingen 1997

WEBER STEPHAN

- Kausalität und Solidarität – Schadenszurechnung bei einer Mehrheit von tatsächlichen oder potenziellen Schädigern, in: HAVE 2010, S. 115 ff. (zit. Weber, Kausalität und Solidarität)
- Dogmatisch Ungereimtes beim Personenschaden, in: Böhme Anna / Gähwiler Fabian / Theus Simoni Fabiana / Zuberbühler Ivo (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht: Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Zürich 2016, S. 555 ff. (zit. WEBER, Personenschaden)

WEINER STEPHEN A., The Civil Jury Trial and the Law-Fact Distinction, in: California Law Review 54/1966, S. 1867 ff.

WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 3. Aufl., Bern 2017

WIDMER LÜCHINGER CORINNE / OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl. 2020 (zit. BEARBEITER, BSK OR I)

WIGMORE JOHN HENRY, The principles of judicial proof as given by logic, psychology, and general experience, and illustrated in judicial trials, Boston 1913

WILDHABER ISABELLE, Produkthaftung im Gentechnikrecht, Eine rechtsvergleichende Studie, Diss. Basel, Zürich 2000

WITTLIN MAGGIE, Hindsight Evidence, in: Columbia Law Review 116/2016, S. 1323 ff.

WOYCIECHOWSKI SARAH, Haftungsgrenzen im französischen Deliktsrecht, Diss. Münster, Tübingen 2016

WRIGHT RICHARD W.
– Causation in Tort Law, in: California Law Review 73/1985, S. 1735 ff. (zit. WRIGHT, Causation in Tort Law)
– Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts, in: Iowa Law Review 73/1988, S. 1001 ff. (zit. WRIGHT, Clarifying the Concepts)
– Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability and the Burden of Proof, in Symposium, The Frontiers of Tort Law, in: Loyola of Los Angeles Law Review 41/2008, S. 1295 ff. (zit. WRIGHT, Possible Wrongs)
– Proving Facts: Belief versus Probability, in: Koziol Herbert / Steininger Barbara (Hrsg.), European Tort Law 2008, Wien, New York 2009 (zit. WRIGHT, Facts)

WUILLEMIN NICOLAS, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO, Diss. Basel, Zürich 2018

WYSS LUKAS, Kausalitätsfragen unter besonderer Berücksichtigung der hypothetischen Kausalität, in: SJZ 1997, S. 313 ff.

ZWICKEL MARTIN, Der Anscheinsbeweis zwischen lex causae und lex fori im Bereich des französischen Strassenverkehrshaftungsrechts (Loi Badinter), in: IPRax 2015, S. 531 ff.

# 1. Kapitel: Die Rechtsfigur des Anscheinsbeweises in der Praxis

## I. Einleitung

Im Zivilprozess hat der Beweis für die Parteien zentrale Bedeutung. Mit dem Beweis verschafft sich das Gericht die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der behaupteten Tatsachen.[1] Die Prozesschancen hängen häufig davon ab, ob eine Partei taugliche Beweismittel hat. Dementsprechend stellt das Beweisrecht – an der Schnittstelle zwischen Privat- und Prozessrecht[2] – ein wichtiges Rechtsgebiet dar. Die vorliegende Arbeit widmet sich einer speziellen Form des «Beweisens» im Zivilprozess. Es geht darum, einen Kausalzusammenhang mit der Lebenserfahrung und dem Allgemeinwissen nachzuweisen.

Der Begriff «Anscheinsbeweis» taucht in der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung immer wieder auf. Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Regelung ist jedoch weitgehend ungeklärt, was damit gemeint ist. Nach einem Teil der Lehre ist die Rechtsfigur dem schweizerischen Recht unbekannt[3] oder hat zumindest keine eigenständige Bedeutung.[4] Nach anderer Meinung ist der Anscheinsbeweis aufgrund seiner Besonderheiten als eigene Beweiskategorie anzusehen.[5] Werke mit materiell-rechtlichem Schwerpunkt[6] sowie einzelne Urteile[7] verwenden den Begriff ohne genauere Einordnung.

1 Statt vieler: CHABLOZ/COPT, Petit Commentaire CPC, Art. 150 N 1; HASENBÖHLER, Beweisrecht Band 1, N 0.2 m.w.H.

2 OBERHAMMER, Tatsächlich Recht haben, S. 422 ff.

3 SCHMID, Hans, S. 25; FELLMANN/WARZILEK, S. 234.

4 Siehe BERGER-STEINER, Dissertation, N 6.158; GRONER, S. 147; SCHLAURI, N 610; wohl auch HUGUENIN-DUMITTAN, S. 150.

5 Z.B. BRÖNNIMANN, Anscheinsbeweis, S. 17 ff.; WALTER, Anscheinsbeweis, S. 451.

6 JOST, S. 11; KOFMEL EHRENZELLER, S. 823; LANZ, N 445; OFTINGER/STARK, Band 1, § 3 N 35 ff.; SIDIROPOULOS, N 291, 550; STUDHALTER, S. 275; WEBER, Personenschaden, S. 558.

7 Urteil RR.2016.115 des BStGers vom 20. Dezember 2017, E. 6.4; Urteil 8C_619/2014 des BGers vom 13. April 2015, E. 3.2.1.

Diese Arbeit befasst sich mit den offenen Fragen zum Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess. Es gilt zu klären, (1) was damit gemeint ist, (2) was damit bewiesen wird, (3) wie das Gericht seine Überzeugung bildet, (4) wie der Anscheinsbeweis ins Gefüge von Beweislast, Beweismass und Beweiswürdigung einzuordnen ist sowie (5) welche Konsequenzen sich für den Zivilprozess ergeben.

# II. Begriff: Unterschiedliche Bedeutung

## 1. Synonym für herabgesetztes Beweismass

Als Erstes ist zu klären, was unter dem Begriff genau zu verstehen ist. In einigen älteren Entscheiden verwendet das Bundesgericht den Begriff des Anscheinsbeweises als Synonym für eine Beweismassreduktion.[8] Art. 56d des schlussendlich verworfenen Vorentwurfs zu einem revidierten Haftpflichtrecht erwähnt den Anscheinsbeweis zudem in der Marginalie und bezeichnet ihn in Abs. 2 als einleuchtende Wahrscheinlichkeit.[9] In Anlehnung an die ältere Rechtsprechung und diesen Vorentwurf geht ein Teil der Lehre davon aus, dass mit dem Anscheinsbeweis das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gemeint ist.[10] Teilweise wird der Begriff mit «Glaubhaftmachen» gleichgesetzt.[11] In jüngerer Zeit wird der Begriff nicht mehr als Synonym für eine Beweismassreduktion verwendet.

## 2. Beweiserleichterung für Eintritt des Versicherungsfalls

Verwandt mit einer solchen Beweismassreduktion – jedoch nicht identisch – ist der von der älteren Rechtsprechung entwickelte Mechanismus beim Beweis des Versicherungsfalls. Im Prozess über die Auszahlung der Versicherungssumme muss der Versicherungsnehmer einer Diebstahlversicherung

8 BGE 118 II 235 E. 3c S. 239; BGE 116 II 357 E. 4a/b S. 361; Urteil 5C.170/2006 des BGers vom 17. Oktober 2006, E. 5.2; Urteil 5C.109/2001 des BGers vom 10. Juli 2001, E. 2a.

9 Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (Haftpflichtgesetz). Allerdings wird der Anscheinsbeweis im erläuternden Bericht als Vermutung bezeichnet, was im Widerspruch zum Wortlaut des Vorentwurfs steht, vgl. Erläuternder Bericht zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts von Pierre Widmer und Pierre Wessner, S. 243.

10 Vgl. SCHUMACHER, Kosteninformationen, S. 133, der im Anscheinsbeweis zusätzlich zur Beweismassreduktion («Wahrscheinlichkeitsbeweis») eine natürliche Vermutung sieht; wohl ebenfalls: FELLMANN, Produktfehler, S. 164.

11 HAUSHEER/JAUN, Art. 8 ff. ZGB N 34 FN 22.

beweisen, dass der versicherte Gegenstand gestohlen wurde. Das Bundesgericht führt dazu aus:

*«Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt der Versicherungsnehmer seiner Beweisführungslast für das unfreiwillige Abhandenkommen einer Sache mit einem Anscheinsbeweis (prima-facie-Beweis), d.h. im Normalfall damit, dass er den Eintritt des Schadensereignisses durch konkrete Angaben glaubhaft macht. Eine hohe Wahrscheinlichkeit bis hin zum strikten Beweis seiner Tatsachenbehauptungen kann vom Versicherungsnehmer nur verlangt werden, wenn der Versicherer schlüssige, gegenteilige Indizien geltend macht; dieser dem Versicherer obliegende Gegenbeweis besteht nicht im strikten Beweis des Gegenteils, sondern bloss im Begründen von Zweifeln an der Richtigkeit der Sachdarstellung des hauptbeweisbelasteten Versicherungsnehmers. Je erheblicher die von ihm geweckten Zweifel an der Version des Versicherungsnehmers, desto höher sind die Beweisanforderungen an dessen Sachdarstellung.»*[12]

Nach dieser alten Rechtsprechung erhöht sich das Beweismass je nach Gewicht der von der Versicherung vorgebrachten Indizien.[13] In der Folge hat das Bundesgericht diesen «Anscheinsbeweis» jedoch in verschiedener Hinsicht aufgegeben. Aufgrund der regelmässig auftretenden Beweisschwierigkeiten stellt es in solchen Fällen generell auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ab.[14] Ein Wechsel des anwendbaren Beweismasses findet nicht statt. Gelingt der Versicherungsgesellschaft im Prozess der Gegenbeweis, ist der Hauptbeweis gescheitert. Der Versicherungsnehmer kann den (strikten) Beweis nicht mehr erbringen.[15] In neueren versicherungsrechtlichen Entscheiden erwähnt das Bundesgericht den Begriff «Anscheinsbeweis» nicht mehr.[16]

## 3. Beweismittelqualität des Arztzeugnisses

Weiter verwenden die Gerichte den Begriff, wenn ein Arbeitnehmer beweisen muss, dass er während einer bestimmten Zeit arbeitsunfähig war. Nach der Rechtsprechung kann der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit beweisen,

12 Urteil 5C.146/2000 des BGers vom 15. Februar 2001, E. 4b; allgemein zum Eintritt des Versicherungsfalls: BGE 141 III 241 E. 3.1 S. 242.

13 Urteil 5C.79/2000 des BGers vom 8 Januar 2001, E. 1b/bb.

14 Urteil 5C.11/2002 des BGers vom 11. April 2002, E. 2a/aa.

15 BGE 130 III 321 E. 3.4 f. S. 326; Urteil 4A_193/2008 des BGers vom 8. Juli 2008, E. 2.1.4 und 2.3.2; Urteil KK.2017.00043 des Sozialversicherungsgerichts ZH vom 4. März 2019, E. 1.5.

16 Urteil 4A_327/2018 des BGers vom 23. Mai 2019, E. 3.1.

wenn diese in einem ärztlichen Zeugnis attestiert wird.[17] *«Ein Arztzeugnis stellt einen Anscheinsbeweis dar, auf welchen im Rahmen der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) abgestützt werden kann, solange nicht begründete Zweifel an dessen Richtigkeit geweckt wurden.»*[18]

Die Rechtsprechung sieht es aufgrund der Lebenserfahrung als typisch an, dass eine Ärztin nur dann ein Attest ausstellt, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist.[19] Die Arbeitgeberin kann diesen Anscheinsbeweis erschüttern, indem sie begründete Zweifel an der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit schürt.[20] Sie muss konkrete Anhaltspunkte vorbringen, weshalb es ernsthaft möglich erscheint, dass der Arbeitnehmer im konkreten Fall gar nicht arbeitsunfähig ist. Gelingt ihr dies, muss der Arbeitnehmer den vollen Beweis erbringen.[21]

## 4. Schluss auf Kausalität im Haftpflichtrecht

In einem neueren Entscheid zur Haftung nach Art. 58 SVG hat das Bundesgericht beim Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs zwischen einer grobfahrlässigen Verkehrsregelverletzung und dem Autounfall Folgendes ausgeführt:[22]

*«Angesichts der typischen Beweisschwierigkeiten genügt nach konstanter Praxis für den Nachweis der natürlichen Kausalität das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit [Nachweise], wovon auch die Vorinstanz ausgeht. Sie lässt dabei jedoch unbeachtet, dass die natürliche Kausalität dem direkten Beweis kaum zugänglich ist. Vielmehr lässt sich die tatsächliche Ursache für den eingetretenen Erfolg regelmässig nur aus Indizien schliessen. Für den Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs wird daher zu Recht auch die Anwendung*

17 Entscheid ATAS/91/21 des Cour de justice GE vom 9. Februar 2021, E. 8; Urteil VB.2018.00589 des Verwaltungsgerichts ZH vom 17. Juli 2019, E. 3.4.1; Urteil A-536/2019 des BVGers vom 9. Dezember 2019, E. 3.3; ähnlich: Entscheid des Regierungsrates Zug vom 9. Juli 2013, E. 3.5, GVP ZG 2013, S. 217.

18 Urteil und Beschluss des OGers ZH LE150023 vom 30. September 2015, E. 2.7.4.

19 Vgl. Urteil A-6361/2015 des BVGers vom 27. April 2016, E. 5.4.

20 Vgl. Urteil 1C_64/2008 des BGers vom 14. April 2008, E. 3.4: *«Le certificat médical ne constitue pas un moyen de preuve absolu; l'employeur peut mettre en cause sa validité en invoquant d'autres moyens de preuve»*; z.B. durch das Verhalten des Arbeitnehmers während der Zeit der behaupteten Arbeitsunfähigkeit, siehe REHBINDER, S. 196 f.; PÄRLI/HUG/PETRIK, N 216.

21 Beschluss und Urteil LA140009 des OGers ZH vom 12. Dezember 2014, E. 1.5; ähnlich: Entscheid des Präsidenten des Erziehungsrats des Kantons St. Gallen vom 6. Mai 2011, E. 6, GVP SG 2011, S. 291 f.; KÄLIN, S. 339; MÜLLER, Roland, S. 169 f.; MÜLLER, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 177 N 9.

22 Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 4.4.2.1.

*des sog. Anscheinsbeweises befürwortet, wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind [Nachweise]. Der Anscheinsbeweis wendet weder die Beweislast, noch bestimmt er das Beweismass; er verschiebt lediglich das Beweisthema, indem der Beweisbelastete den Sachumstand beweisen muss, aufgrund dessen das Gericht – bei Vorliegen eines typischen Geschehensablaufs – auf den natürlichen Kausalzusammenhang mit der eingetretenen Wirkung schliesst. Er ist ein Anwendungsfall einer tatsächlichen Vermutung [Nachweis]. Der in diesem Sinne verstandene Anscheinsbeweis [Nachweis zur uneinheitlichen Terminologie] ist demnach richterliche Beweiswürdigung aufgrund typischer Geschehensabläufe. Er setzt voraus, dass die Typizität des rechtserheblichen Geschehens nach allgemeiner Lebenserfahrung eine behauptete Sache als wahr erscheinen lässt, weil Abweichendes ausserhalb jeder vernünftigen Betrachtungsweise läge [Nachweis]. Ist aufgrund eines schlüssigen Anscheins ein Beweis für einen bestimmten Sachumstand – hier die natürliche Kausalität – gar nicht abzunehmen, entfallen für die beweisbelastete Partei auch die entsprechenden Obliegenheiten, namentlich Beweisanträge einzugeben [Nachweis].»*

Das Bundesgericht hat den Anscheinsbeweis seither im Sinne dieser Erwägung verstanden.[23] Mithilfe eines *typischen Geschehensablaufs* wird auf einen *Kausalzusammenhang* geschlossen. Auf Französisch bezeichnet das Bundesgericht diesen Vorgang als *«preuve apparente»*.[24] Verschiedene Autorinnen und Autoren haben diese Formulierung übernommen.[25]

# III. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung: Kausalitätsbeweis

Die Entscheide zum Anscheinsbeweis im Versicherungs- und Arbeitsrecht setzen sich mit der beweisrechtlichen Einordnung des Anscheinsbeweises nicht auseinander. Sie erwähnen den Begriff eher beiläufig. Mit dem Urteil 4A_262/2016 vom 10. Oktober 2016 zur Kausalität der Verkehrsregelverletzung hat das Bundesgericht dem Begriff klare Konturen verliehen. Es wird sich zeigen, ob das Bundesgericht den Anscheinsbeweis auch noch auf andere

23 Siehe BGE 143 III 297 E. 9.5 S. 336 zur Kausalität zwischen der Persönlichkeitsverletzung und dem seelischen Schmerz. Ebenso das Handelsgericht Zürich zum Nachweis des Selbstverschuldens, vgl. HG140117 des HGers ZH vom 5. April 2018, E. 2.3.4.

24 Urteil 4A_546/2017 des BGers vom 26. Juni 2018, E. 3.3; HOHL, Procédure civile, N 1646 verwendet den Begriff «preuve prima-facie».

25 Z.B.: BRUNNER, Alexander, S. 372 f.; KLETT, S. 22 f.

Art und Weise verwenden wird.[26] Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit bildet der Anscheinsbeweis, wie ihn das Bundesgericht in diesem Urteil beschreibt. In solchen Fällen wird der *Kausalitätsbeweis* mit einem aus der Lebenserfahrung entnommenen *typischen Geschehensablauf* geführt. Fraglich ist, worin der Unterschied zum Anscheinsbeweis im Sinne der versicherungs- und arbeitsrechtlichen Rechtsprechung liegt. Gemeinsam ist allen Fällen, dass ein «Beweismechanismus» beschrieben wird. Offensichtlich geht es aber um unterschiedliche Tatsachen. Beim hier interessierenden Anscheinsbeweis wird die Kausalität bewiesen, während bei den anderen Entscheiden die Arbeitnehmerin bzw. die Versicherungsnehmerin nachweist, dass sie arbeitsunfähig ist bzw. die versicherte Sache gestohlen wurde.

Neben den unterschiedlichen Beweisgegenständen wird die gerichtliche Überzeugung jedoch auf etwas andere Art gebildet. Im Versicherungsrecht liegt der Unterschied darin, dass nicht *ein* typischer Geschehensablauf vorliegt, der es erlaubt, auf die zu beweisende Tatsache zu schliessen.[27] Diese Schlussfolgerung hängt nämlich davon ab, ob der Versicherungsnehmer eine plausible und widerspruchsfreie Erklärung hat, wie die versicherte Sache gestohlen wurde. Im deutschen Recht wird dieser Mechanismus deshalb differenzierend als *Beweis für das äussere Bild* bezeichnet.[28] Beim Anscheinsbeweis des Arztzeugnisses könnte man zwar einen typischen Geschehensablauf in der Tatsache erblicken, dass eine Ärztin die Arbeitsunfähigkeit nur dann bescheinigt, wenn diese tatsächlich vorliegt.[29] Allerdings geht es eigentlich um die beweisrechtliche Qualifikation des Attests. Diesem wird ausnahmsweise – vor allem aus prozessökonomischen Gründen – eine gewisse Beweismittelqualität zugesprochen, obwohl es sich um ein Privatgutachten handelt.[30] Aufgrund dieser Unterschiede ist bei der Analyse des Anscheinsbeweises nicht näher auf die Entscheide zum Arbeits- und Versicherungsrecht einzugehen.

Worin die Besonderheit des hier zu untersuchenden Anscheinsbeweises liegt, ist genauer zu erläutern. Dem Entscheid 4A_262/2016 des Bundesgerichts lag folgender Sachverhalt zugrunde: B.D. fuhr nachts auf einer sechs

26 Im Sozialversicherungsrecht wird der Begriff ebenfalls (in einem anderen Sinn) verwendet, siehe Urteil 9C_212/2020 des BGers vom 4. September 2020, E. 3.2; Urteil SR.2018.00008 des Sozialversicherungsgerichts ZH vom 28. August 2020, E. 3.3.

27 A.A. wohl SUMMERMATTER, S. 594 ff.

28 Siehe HEESE, S. 51; GREGER, Zöller ZPO, Vor § 284 N 32.

29 Aus diesem Grund qualifiziert die deutsche Rechtsprechung den Vorgang ebenfalls als Anscheinsbeweis, siehe SCHULTE/TISCH, S. 761 f.

30 Vgl. TREZZINI/DROESE, S. 283 f. Privatgutachten haben nach inzwischen ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Beweismittelqualität, siehe BGE 141 III 433 E. 2.5 f. S. 436 ff.; Urteil 4A_247/2020 des BGers vom 7. Dezember 2020, E. 4.1 m.w.H.

Meter breiten Einbahnstrasse. Die Höchstgeschwindigkeit auf dieser Strasse betrug 50 km/h. Die Strasse war durchgehend künstlich und gut beleuchtet. Die Fahrbahn war in dieser Nacht nass. Auf dem Rücksitz sass der jüngere Bruder des Lenkers, C.D. Nach einer leichten Linkskurve geriet das Fahrzeug aus der Fahrspur und touchierte einen linksseitig parkierten Lieferwagen. Durch die Kollision wurde das Fahrzeug nach rechts abgetrieben und stürzte eine steile Böschung hinunter. Der Lenker starb, der Mitfahrer wurde schwer verletzt. Die klagenden Sozialversicherungen des verletzten Mitfahrers machten im Prozess Regressansprüche gegen die Versicherung des Fahrzeughalters geltend.[31]

Die materielle Rechtslage – deren Kenntnis zum Verständnis notwendig ist – lässt sich wie folgt zusammenfassen: Unter dem damals geltenden UVG existierte bei Hausgenossen (die beiden Brüder lebten im selben Haushalt) ein Regressprivileg. Die Unfallversicherung des geschädigten Hausgenossen konnte gegen die Versicherung des Schädigers nur bei absichtlicher oder grobfahrlässiger Schädigung Regress nehmen.[32] Der Fahrlässigkeitsbegriff im SVG entspricht jenem von Art. 41 OR; es gilt ein objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff. Jede negative Abweichung des tatsächlichen Verhaltens des Schädigers vom hypothetischen Verhalten eines durchschnittlich sorgfältigen Menschen gilt als fahrlässig. Die erforderliche Sorgfalt richtet sich nach den konkreten Umständen. Die Bestimmungen im Strassenverkehr konkretisieren die erforderliche Sorgfalt. Grobe Fahrlässigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn elementare Verkehrsvorschriften oder mehrere wichtige Vorschriften verletzt werden. Die Verletzung dieser Vorschriften muss zudem kausal für den Unfall gewesen sein. Der natürliche Kausalzusammenhang ist zu bejahen, wenn das vorwerfbare Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der Eintritt des Unfalls entfiele.[33] Die Sozialversicherungen mussten folglich die grobe Fahrlässigkeit nachweisen[34] und den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem grobfahrlässigen Verhalten und dem Unfall beweisen.[35]

Vor dem Handelsgericht Zürich bildete die gefahrene Geschwindigkeit den wesentlichen Streitpunkt. Die Klägerinnen behaupteten, dass der Wagen in der leichten Linkskurve mit einer Geschwindigkeit von 69 km/h fuhr. Die

31 Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, Sachverhalt: A.

32 Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 2; Urteil HG140160 des HGers ZH vom 17. März 2016, E. 2.

33 Urteil HG140160 des HGers ZH vom 17. März 2016, E. 3.1.a.

34 Zum «Beweis der Fahrlässigkeit» siehe hinten, S. 47 ff.

35 Urteil HG140160 des HGers ZH vom 17. März 2016, E. 3.1.b.

beklagte Versicherung stellte sich auf den Standpunkt, der Lenker sei nicht mit übersetzter Geschwindigkeit gefahren. Zusätzlich war die Kausalität der Geschwindigkeitsüberschreitung für den Unfall strittig. Die Klägerinnen behaupteten, die übersetzte Geschwindigkeit sei die wahrscheinlichste Ursache für die Kollision mit dem Lieferwagen, was von der beklagten Versicherung bestritten wurde. Das Handelsgericht wies die Klage allerdings aus prozessualen Gründen ab. Es kam zum Schluss, dass die Klägerinnen zur Kausalität der Verkehrsregelverletzung für den Unfall keine Beweismittel offeriert hatten. Selbst wenn also die Verkehrsregelverletzung hätte bewiesen werden können, wären die klagenden Sozialversicherungen nicht in der Lage gewesen, deren Ursächlichkeit für den Unfall zu beweisen.[36]

Das Bundesgericht teilte diese Meinung nicht. Zuerst führte das Bundesgericht aus, dass im vorliegenden Fall – entgegen der Vorinstanz – in den Rechtsschriften sehr wohl ein Beweisantrag für den Kausalzusammenhang vorlag. Die Verletzung des Rechts auf Beweis war allerdings nicht der Grund, weshalb es die Beschwerde guthiess. Gemäss dem Bundesgericht mussten die beweisbelasteten Klägerinnen nämlich gar keine Beweismittel für die natürliche Kausalität offerieren, weil ein Anscheinsbeweis dafürspricht.[37] Die Klägerinnen machten geltend, dass die übersetzte Geschwindigkeit den Verhältnissen offensichtlich unangepasst war. Diese Tatsache wollten sie mit einem verkehrstechnischen Gutachten beweisen. Wenn dieser Beweis gelingt, also tatsächlich eine übersetzte Geschwindigkeit vorgelegen hat, und keine Hinweise für andere Ursachen vorliegen, greift für den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen der Verkehrsregelverletzung und dem Unfallereignis der Anscheinsbeweis. Es ist eine typische Folge übersetzter Geschwindigkeit, dass ein Lenker die Kontrolle über das Fahrzeug verliert. Die natürliche Kausalität kann mit der Lebenserfahrung anstelle von Beweismitteln i.S.v. Art. 168 ff. ZPO bewiesen werden.[38] Einen Beweisantrag braucht es nicht.

36 Urteil HG140160 des HGers ZH vom 17. März 2016, E. 3.5.3.

37 Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 4.3.

38 Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 4.2.2.2.

# IV. Anwendungsfälle in der Gerichtspraxis

Das Vorgehen des Bundesgerichts im dargelegten Fall ist kein Einzelentscheid. Die Gerichte gingen in anderen Urteilen auf gleiche Weise vor, auch wenn sie das Vorgehen nicht immer als Anscheinsbeweis bezeichnet haben.[39]

## 1. Kausalität des Werkmangels

Ein Arbeitnehmer einer Wäscherei verletzte sich schwer, als sein Arm in eine sog. «Ausschwingmaschine» geriet. Er hatte keine Erinnerung an den Unfall und es waren keine Zeugen vorhanden, weshalb auf Hypothesen abgestellt werden musste. Die Ausschwingmaschine verfügte über keine Abdeckung, was vom Bundesgericht als Werkmangel qualifiziert wurde. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die fehlende Abdeckung für den Unfall nicht kausal war.[40] Sie hielt – aufgrund einer Expertise – zwei Sachverhaltsvarianten für möglich: Entweder rutschte der Arbeitnehmer aus und sein Arm geriet deshalb in die Maschine, oder er steckte seinen Arm absichtlich in die Maschine. Das Bundesgericht teilte diese Ansicht nicht. Es gäbe keine Hinweise darauf, dass der Arbeitnehmer den Arm absichtlich in die Maschine gesteckt hätte. Ein unfreiwilliger Kontakt mit der Maschine – sei es aufgrund eines Sturzes oder einer unabsichtlichen Bewegung während der Arbeit – sei die wahrscheinlichste Ursache.[41] Hätte die Maschine einen Deckel gehabt, wäre es nicht zum Unfall gekommen, weshalb die Kausalität bejaht werden könne.[42]

In einem anderen Fall stürzte das Opfer nachts um ca. 22 Uhr von einer unbeleuchteten, geländerlosen Aussentreppe und verletzte sich tödlich. Zeugen hörten einen Aufprall und fanden das Opfer bewusstlos neben der Treppe. Das Bundesgericht bejahte die Kausalität zwischen dem Werkmangel (fehlendes Geländer und fehlende Beleuchtung) und dem Sturz. Obwohl theoretisch auch andere Ursachen denkbar wären, entspricht es der

39 Als Synonym wird in Rechtsprechung und Literatur der Begriff *«prima-facie-Beweis»*, selten der *«Beweis des ersten Anscheins»* oder *«Wahrscheinlichkeitsbeweis»* verwendet, siehe WALTER, Anscheinsbeweis, S. 448; SCHUMACHER, Beweisprobleme, S. 169. Manchmal wird auch von einer natürlichen Vermutung gesprochen.

40 Im Urteil ist stets von der adäquaten Kausalität die Rede. Aus dem Zusammenhang erschliesst sich aber, dass es um die natürliche Kausalität ging.

41 Eine ähnliche Überlegung macht das Bundesgericht im Sozialversicherungsrecht, wonach eine natürliche Vermutung für die Unfreiwilligkeit eines tödlichen Unfalls besteht, vgl. Urteil 8C_555/2020 des BGers vom 16. Dezember 2020, E. 2.2.3; Urteil 8C_550/2010 des BGers vom 6. September 2010, E. 2.3. Ebenso Urteil 4A_220/2010 des BGers vom 11. Oktober 2010, E. 8.2 und 9.

42 BGE 90 II 227 Sachverhalt A. und E. 3.

allgemeinen Lebenserfahrung, dass solche Mängel kausal zum Schaden führen.[43] Auf ähnliche Weise folgerte das Bundesgericht in einem anderen Entscheid, dass ein Sturz, der sich auf einer rutschigen Bodenstelle ereignete, durch diesen Mangel verursacht wurde.[44]

## 2. Kausalität einer verspäteten Diagnose

Bei einem Krebspatienten stellten die behandelnden Ärzte die Diagnose sorgfaltswidrig zu spät und der Patient starb. Um die Kausalität zwischen der verspäteten Diagnose sowie dem Tod beweisen zu können, hätte der Zustand des Patienten im Zeitpunkt der Untersuchung bekannt sein müssen. Nur so hätten seine Überlebenschancen bei rechtzeitiger Behandlung abgeschätzt werden können. Aufgrund der Fehldiagnose war diese Abschätzung und damit der Beweis des Kausalzusammenhangs nicht möglich. Das Obergericht Zürich ging deshalb davon aus, dass der Kausalzusammenhang zu vermuten sei, wenn (1) der Beweis aufgrund der Pflichtverletzung nicht erbracht werden kann und (2) eine ernsthafte Möglichkeit besteht, dass die Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden kausal war. Das Obergericht qualifizierte dieses Vorgehen als Beweislastumkehr. Diese lasse sich rechtfertigen, weil es sich um eine Art Beweisvereitelung handle.[45]

Ähnlich ist das Bundesgericht in BGE 57 II 196 vorgegangen.[46] In diesem Fall erkannte der behandelnde Arzt nicht, dass die Kinder des Klägers an Diphtherie erkrankt waren. Die Behandlung erfolgte deshalb zu spät und zwei Kinder starben. Bei der Beurteilung der Kausalität stützte sich das Bundes-

43 BGE 55 II 80 E. 2 S. 87. Anders die Vorinstanz in Urteil 4A_521/2013 des BGers vom 9. April 2014, E. 1.2. Es fehle an einem typischen Geschehensablauf, um auf die Ursächlichkeit eines Mangels zu schliessen. In diesem Fall war das Geländer lediglich 10 cm weniger hoch als gemäss den aktuellsten SIA-Normen gefordert. Die Kausalität für den Sturz auf einer unbeleuchteten Treppe hingegen implizit bejahend: BGE 60 II 341 E. 2 S. 344. Oftmals wird die Kausalität in solchen Fällen von der haftpflichtigen Partei wohl gar nicht bestritten, siehe z.B. Urteil ZKBER.2019.27 des Obergerichts Solothurn vom 13. August 2019, SOG 2019 Nr. 18, E. 5.6 und 5.10.

44 BGE 57 II 47 E. 3 S. 52: *«Nachdem der Sturz sich ausgerechnet an der Stelle ereignet hat, wo der Boden den vorerwähnten Mangel aufwies, wäre es beim Fehlen jeglicher anderweitiger Anhaltspunkte Sache der Beklagten gewesen, darzutun, dass Ackle nicht wegen dieses Mangels, sondern aus einer andern, von ihr nicht zu vertretenden Ursache ausgeglitten sei. Hierzu war sie jedoch nicht in der Lage.»*. Ähnlich wohl die Überlegung der Vorinstanz in BGE 66 II 109, wonach für den Sturz nicht der polierte Boden, sondern die als Werkmangel in Frage kommende Vertiefung kausal war.

45 Urteil des Obergerichts ZH vom 17. November 1988, E. 7c, S. 214 f., ZR 1989, Nr. 66 S. 209 ff.

46 HAINMÜLLER, S. 2 FN 13; KRAATZ, S. 76 qualifizieren den Schluss auf die Kausalität in diesem Urteil als Anscheinsbeweis.

gericht auf Statistiken, wonach die Mortalitätsrate bei einer Behandlung am ersten Tag der Erkrankung rund 4 %, am sechsten Tag aber schon über 30 % betrug. Aufgrund der schlecht geführten Krankenakte liess sich nicht mehr ermitteln, wann genau die Diagnose – sorgfaltskonform – hätte gestellt werden müssen. Der Gutachter konnte lediglich feststellen, dass das eine Kind – nach dem Arztwechsel – schlussendlich erst am 15. Tag der Erkrankung, das andere Kind frühestens am 6. Tag behandelt werden konnte. Obschon nicht klar war, wann die Diagnose korrekterweise hätte gestellt werden müssen und wie die Überlebenschancen in diesem Zeitpunkt waren, bejahte das Bundesgericht die Kausalität.[47]

## 3. Schluss auf schadensursächlichen Werkmangel

In den bisherigen Fällen mussten die Gerichte über die Kausalität eines bestimmten Verhaltens oder Zustands für das Schadensereignis entscheiden (z.B. die Geschwindigkeitsüberschreitung für den Unfall, die fehlende Beleuchtung einer Treppe für den Sturz oder die unterlassene Diagnosestellung für den Tod des Patienten). Ein etwas anderer Vorgang, der Schluss auf einen schadensursächlichen Mangel oder Fehler, wird ebenfalls als Anscheinsbeweis qualifiziert.[48]

In BGE 63 II 95 stieg der Geschädigte eine fest installierte Leiter herunter. Er hielt sich mit einer Hand an der Leiter fest und stürzte, weil eine Sprosse brach.[49] Bei der Haftung nach Art. 58 OR muss ein Werkmangel einen Schaden verursachen. Sowohl der Werkmangel wie auch dessen Kausalität für den Unfall sind von der geschädigten Person zu beweisen.[50] Ein Werkmangel wird angenommen, wenn das Werk nicht die für die bestimmungsgemässe Nutzung erforderliche Sicherheit bietet.[51] Der Geschädigte musste demnach beweisen, dass der Schaden infolge fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder mangelhafter Unterhaltung eines Werks verursacht worden war. Dieser Beweis ergibt sich nicht bereits daraus, dass der Unfall durch das Werk verursacht wurde. Dennoch – so das Bundesgericht – gibt es Fälle, bei denen nach der Natur der Sache und der allgemeinen Lebenserfahrung auf den

47 BGE 57 II 196 E. 4 S. 210 f.

48 KUMMER, Berner Kommentar 1962, N 207 ff.; OFTINGER/STARK, Band 2/1, § 19 N 91; WALTER, Anscheinsbeweis, S. 448; BRÖNNIMANN, Anscheinsbeweis, S. 23.

49 BGE 63 II 95 Sachverhalt A. S. 96.

50 Urteil 4A_507/2008 des BGers vom 22. Januar 2009, E. 3. Bei diesem Ausdruck handelt es sich um eine «verkürzte» Beschreibung dessen, was bewiesen werden muss. Zum genauen Beweisgegenstand siehe S. 50 ff.

51 Statt vieler: BGE 130 III 736 E. 1.3 S. 741 f.

Mangel geschlossen werden kann. In solchen Fällen ist es wahrscheinlicher, dass der Unfall durch einen Werkmangel verursacht wurde als durch andere Gründe (z.B. höhere Gewalt oder eine fehlerhafte Bedienung durch den Geschädigten). Das gilt insbesondere für Werke, von denen keine besondere Gefahr ausgeht und die jede Person bedienen kann. Im vorliegenden Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Bruch der Sprosse einen objektiven Mangel darstellt. Der Eigentümer muss für den Mangel einstehen, wenn er nicht beweist, dass dieser durch einen Dritten, den Geschädigten oder höhere Gewalt verursacht wurde.[52] Der Werkeigentümer hätte also beweisen müssen, dass der Geschädigte mit einer zu grossen Ladung die Leiter heruntergestiegen war oder ein Dritter die Leiter beschädigt hatte.

Gleich argumentierte das Bundesgericht bereits mit Entscheid vom 4. Juni 1929. In diesem Fall schritt ein Passant über einen Trottoirschacht, welcher mittels einer Glasplatte zugedeckt war. Unter dem Gewicht des Passanten brach die Platte.[53]

Eine ähnliche Überlegung liegt auch einem neueren Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 2018 zugrunde. Eine Malerin sprang ca. 30 cm vom oberen Gerüstlauf eines Baugerüsts auf den darunterliegenden Gerüstgang. Dabei brach das Brett des Gerüstgangs durch und sie fiel 2,5 Meter in die Tiefe. Das zerbrochene Brett konnte nicht untersucht werden, weil es nicht gefunden wurde. Aus der Tatsache, dass das Brett bei einer geringen Sprunghöhe durchbrach, schloss das Obergericht Thurgau, dass das Gerüst mangelhaft war.[54]

## 4. Schluss auf schadensursächlichen Produktefehler

Eine ähnliche Herangehensweise hat das Bundesgericht beim Fehler im Sinne des Produktehaftpflichtgesetzes entwickelt. Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Geschädigte kaufte eine Filterkaffeemaschine. Rund ein Jahr später lud sie Gäste zum Abendessen ein. Nach dem Essen ging sie in die Küche, um Kaffee für ihre Gäste zuzubereiten. Die Gäste blieben im Esszimmer. Nach Angabe der Geschädigten stellte sie die volle Kaffeekanne auf die Arbeitsfläche in der Küche und legte den Deckel darauf. In der Folge explodierte das Glas, sie verletzte sich schwer an der linken Hand und musste hospitalisiert werden. Die Gäste räumten währenddessen die Küche auf und entsorgten die Scherben des zersprungenen Glasbehälters.[55] Die kanto-

52 BGE 63 II 95 E. 2 S. 100.

53 Zitiert in: BGE 63 II 95 E. 2 S. 100.

54 Urteil 4A_189/2018 des BGers vom 6. August 2018, E. 3.2.4.

55 BGE 133 III 81 Sachverhalt A S. 82.

nalen Gerichte wiesen die Klage der Geschädigten gegen die Importeurin der Kaffeemaschine ab, weil sie nicht beweisen konnte, dass der Glaskrug einen Fabrikations- oder Konstruktionsfehler aufgewiesen hat.[56]

Das Bundesgericht führt auch in diesem Zusammenhang aus, dass das schädigende Ereignis an sich noch keinen Produktefehler beweist. Steht hingegen fest, dass das Produkt bei der Entstehung des Schadens eine Rolle gespielt hat, spricht zumindest ein Indiz für einen Fehler, und zwar nach dem Grundsatz *res ipsa loquitur* (die Sache spricht für sich).[57] Zwar hätte die Untersuchung des Glases zum Ergebnis führen können, dass die Kanne Mikrorisse hatte, was einen Fabrikationsfehler und damit einen Fehler nach Art. 4 PrHG darstellen würde. Das bedeutet aber nicht, dass der Produktefehler nur mit einer solchen Untersuchung bewiesen werden kann. Relevant ist einzig, dass das Produkt nicht die Sicherheit geboten hat, welche die Klägerin erwarten konnte. Den konkreten Fehler im Material oder bei der Konstruktion muss sie nicht beweisen.[58] Aufgrund der Beweisschwierigkeiten gilt das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.[59]

## 5. Schluss auf schadensursächliche Sorgfaltspflichtverletzung

Ein weiterer Anwendungsfall des Anscheinsbeweises findet sich in BGE 120 II 248.[60] Die geschädigte Patientin war wegen Schmerzen in der rechten Schulter bei ihrem Hausarzt in Behandlung. Der Arzt nahm im Abstand von drei Monaten zwei Injektionen vor. Da sich der Zustand nicht verbesserte, injizierte der Arzt rund einen Monat später erneut ein Kortisonpräparat. Im Nachhinein stellte sich heraus, dass der Gelenkkopf der Patientin infolge einer Infektion vollständig zerstört worden war. Die Patientin machte dafür den Arzt verantwortlich. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass bei den Behandlungen zu irgendeinem Zeitpunkt eine Sterilitätslücke vorlag, die zur Infektion führte. Das Bundesgericht nahm an, es könne von dieser Sterilitätslücke auf einen Sterilitätsfehler geschlossen werden, welcher als Sorgfaltspflichtverletzung zu qualifizieren ist.[61] Wann und wie dieser Sterilitätsfehler passiert sein soll, war nicht bekannt. Es wäre am Arzt gelegen, die von ihm getroffenen Vorkehren darzulegen und nachzuweisen, dass nach dem aktuellen

56 BGE 133 III 81 E. 4.1 S. 87.

57 BGE 133 III 81 E. 3.3 S. 86 f.

58 BGE 133 III 81 E. 4.1 S. 87.

59 BGE 133 III 81 E. 4.2.2 und 4.2.3 S. 88 f.

60 HONSELL, Urteilsbesprechung, S. 227; RASCHEIN, S. 64; UMBACH/WEBER, S. 132.

61 BGE 120 II 248 E. 2c S. 250 f.

Stand der medizinischen Wissenschaft ein nicht beherrschbares Restrisiko verbleibt oder die Möglichkeit eines atypischen Kausalverlaufs besteht.[62] Das Bundesgericht qualifiziert diese Schlussfolgerung als natürliche Vermutung. Soweit die negativen Auswirkungen einer Behandlung voraussehbar sind, hat der Arzt alle Vorkehren zu treffen, um deren Eintritt zu verhindern. Tritt die Beeinträchtigung ein, darf angenommen werden, dass nicht alle gebotenen Vorkehren getroffen worden sind und somit eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt.[63]

Von einem Anscheinsbeweis geht das Bundesgericht nicht nur bei der Arzthaftung aus, sondern auch bei der Architektenhaftung für Kostenüberschreitungen bei Bauvorhaben. Erstellt ein Architekt für ein Bauprojekt einen Kostenvoranschlag und übersteigen die effektiven Baukosten die veranschlagten Kosten um mehr als 10 %, dann wird auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Architekten geschlossen. Umgekehrt wird bei einer Überschreitung von weniger als 10 % vermutet, dass der Architekt keine Sorgfaltspflichtverletzung begangen hat.[64] Die Rechtsprechung wird damit begründet, dass sich der Bauherr in einer schwierigen Lage befindet. Es ist zu einer Kostenüberschreitung gekommen, ohne dass er die Gründe dafür genau kennt. Der Grund kann im fehlerhaften Kostenvoranschlag liegen. Ebenso können aber Fehler bei der Bauleitung wie fehlende Kostenkontrolle, schlechte Vergabe von Arbeiten oder unzureichende Koordination der Arbeiten zu einer Kostenüberschreitung führen. Die Rechtsprechung verlangt deshalb nicht, dass die Gründe bekannt sind, sondern nimmt bei einer Kostenüberschreitung von über 10 % eine Sorgfaltspflichtverletzung an.[65]

## 6. Gemeinsamkeiten der Entscheide

Bei den dargelegten Entscheiden lassen sich zwei verschiedene Fallgruppen unterscheiden. Bei der *ersten Fallgruppe* steht das als Ursache in Frage kommende Verhalten fest. Strittig ist lediglich, ob dieses Verhalten kausal für das Schadensereignis war. Es ist zu entscheiden, ob die Geschwindigkeitsüber-

62 BGE 120 II 248 E. 2c S. 250.

63 BGE 120 II 248 E. 2c S. 250. In BGE 133 III 121 E. 3.1 S. 125 sowie Urteil 4C.53/2000 des BGers vom 13. Juni 2000, E. 2b ist das Bundesgericht hingegen davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen für eine solche Schlussfolgerung nicht gegeben seien.

64 Urteil 4C.424/2004 des BGers vom 15. März 2005, E. 3.3; Urteil 4A_457/2017 des BGers vom 3. April 2018, E. 4.2.1; Urteil 4A_604/2020 des BGers vom 18. Mai 2021, E. 4.6.1; Urteil des OGers ZH vom 5. Juli 1991, E. 9b, ZR 1991/1992, Nr. 87, S. 308 f.; Urteil LB150057 des OGers ZH vom 7. Juni 2017, E. 5.1.4; Urteil ZK2 11 59 des KGers GR vom 26. April 2013, E. 5 f.

65 Urteil 4A_210/2015 des BGers vom 2. Oktober 2015, E. 4.2.2.3; SIEGENTHALER, N 11.56.

schreitung den Unfall, eine fehlende Treppenbeleuchtung den Sturz oder eine verspätete Diagnose den Tod des Patienten verursacht hat. Bei der *zweiten Fallgruppe* ist keine solche präsumtive Ursache ersichtlich. Es ist unklar, wodurch das Schadensereignis verursacht wurde. Abgesehen vom Schadensereignis ist praktisch nichts über den Fall bekannt. Das Gericht kann lediglich Hypothesen aufstellen, wie es zum Schaden kommen konnte. Ausgehend vom Schadensereignis nimmt das Gericht aber an, dass nur eine «Ursache» im Sinne der anwendbaren Haftungsnorm (Werkmangel, Produktemangel, Sorgfaltspflichtverletzung) zum Schaden geführt haben kann.

Gemeinsam ist den Entscheiden, dass sich die geschädigte Partei in *Beweisschwierigkeiten* befand, weil über den *konkreten Fall wenig bekannt* war. In einigen Fällen konnte die verunfallte Person keine Angaben zum Sachverhalt machen, weil diese beim Unfall verstarb. In anderen Fällen war der Gegenstand, der den Unfall auslöste, nicht mehr vorhanden. Bei allen Fällen blieben möglicherweise wichtige Einzelheiten unbekannt, wie und weshalb es zum Schaden gekommen war. Aufgrund dessen trifft das Gericht Annahmen, die mit der *Lebenserfahrung* übereinstimmen. Fraglich ist, worin die Schwierigkeiten liegen, wenn mit der Lebenserfahrung auf die Kausalität bzw. «Ursächlichkeit» geschlossen wird.

## V. Ausgangspunkt der Untersuchung: Überzeugungsbildungsvorgang

Beim Beweis handelt es sich um einen Vorgang. Das Gericht will damit zur Überzeugung gelangen, ob die Behauptung einer Partei wahr oder unwahr ist.[66] Das Ziel besteht darin, die «*Wahrheit*» zu ermitteln.[67] Dieses Ziel wird vom Gesetz zwar nicht ausdrücklich festgehalten, kommt aber in verschie-

66 SUTTER-SOMM, N 764.

67 Dieses Ziel scheint allen Rechtsordnungen gemein zu sein, siehe ALFTER, S. 78 ff.; BRINKMANN, Beweismass, S. 5. Im deutschen Recht wird unter Berufung auf § 286 D-ZPO als Ziel die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit genannt, siehe PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 286 N 16. Was «*Wahrheit*» ist, ist eine schwierige Frage. Vorherrschend wird auf die sog. Korrespondenztheorie abgestellt. Es geht dabei um die Übereinstimmung einer Aussage mit der Realität, siehe DERSELBE, Wahrheit, S. 507 f. In den Rechtswissenschaften wird oftmals zwischen «*formeller*» und «*materieller*» Wahrheit unterschieden. Der Ausdruck «formell» betont die prozessrechtlichen Einschränkungen (z.B. Behauptungslast, Nichtbeachtung rechtswidriger Beweismittel etc.).

denen Bestimmungen zum Ausdruck.[68] Um dieses Ziel zu erreichen, hält die Schweizerische ZPO den Grundsatz der *freien Beweiswürdigung* fest (Art. 157 ZPO). Das Gericht bildet sein Urteil unabhängig von starren Beweisregeln.[69] Gegenstand des Beweises *sind streitige Tatsachenbehauptungen*.[70] Die Beschränkung auf streitige Tatsachen ist Ausfluss der im Zivilprozess geltenden Verhandlungsmaxime.[71] Stimmen die Parteivorbringen überein, stellt das Gericht für die rechtliche Beurteilung auf diesen Sachverhalt ab.[72] Es kommt nicht zu einem gerichtlichen Entscheid über die Wahrheit der Tatsache.[73] Die Wahrheitssuche des Gerichts ist jedoch auch dann beschränkt, wenn die Sachverhaltsschilderungen der Parteien voneinander abweichen. Das Gericht kann nur feststellen, ob die von den Parteien aufgestellten Behauptungen wahr sind.[74] Bei einem Kausalverlauf kann das Gericht lediglich feststellen, dass er vorliegt, nicht vorliegt oder nicht festgestellt werden kann.[75]

## 1. Basis der Beweiswürdigung

Muss das Gericht über das Vorliegen einer Tatsachenbehauptung entscheiden, braucht es Informationen, die als Grundlage der Beweiswürdigung die-

68 Z.B. das Interesse an der Wahrheitsfindung bei rechtswidrig beschafften Beweismitteln nach Art. 152 ZPO oder die Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage von Parteien und Zeugen in Art. 160 Abs. 1 lit. a ZPO.

69 Statt vieler: GUYAN, BSK ZPO, Art. 157 N 2.

70 Genau genommen wird nicht eine Tatsache, sondern die von der Partei aufgestellte Behauptung bewiesen, siehe SCHWEIZER, Habil., S. 17; anders noch alte Werke wie STEIN, S. 8; HEUSLER, S. 217. Art. 8 ZGB spricht präzise von *«behaupteten Tatsachen»*. Der – auch in Art. 150 ZPO verwendete – abgekürzte Ausdruck schadet aber nicht. Er wird in der vorliegenden Arbeit ebenfalls verwendet.

71 HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar ZPO, Art. 150 N 14.

72 Die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., S. 7311 spricht von *«formeller Wahrheit»*; zum deutschen Recht: LEIPOLD, Wahrheit und Beweis, S. 319.

73 Vgl. Urteil 4A_375/2016 des BGers vom 8. Februar 2017, E. 5.3.3. Nur in Ausnahmefällen, wenn erhebliche Zweifel über die Richtigkeit einer übereinstimmenden Sachverhaltsdarstellung bestehen, kann sich das Gericht darüber hinwegsetzen und von Amtes wegen Beweis abnehmen, siehe Art. 153 Abs. 2 ZPO.

74 Vgl. OBERHAMMER/WEBER, KuKo ZPO, Art. 55 N 9. Umstritten ist, ob und unter welchen Voraussetzungen sog. überschiessende Beweisergebnisse vom Gericht berücksichtigt werden dürfen. Es handelt sich um Erkenntnisse, die erst durch die Abnahme von Beweismitteln Eingang ins Verfahren finden, d.h. bis dahin von keiner Partei behauptet wurden.

75 Vgl. SCHULIN, S. 88. Letzteres führt zu einer Beweislastentscheidung.

nen.[76] Die ZPO regelt, wie diese Informationsbasis gebildet wird. Es ist festgelegt, wie Tatsachenbehauptungen und Beweismittel in den Prozess eingeführt werden müssen, welche Beweismittel wie abzunehmen sind und wann diese verwertet werden dürfen. Das Gericht ist also nicht frei, wie es die Basis für die Würdigung bildet. «Frei» ist das Gericht nur darin, wie es diese Gegebenheiten würdigt.[77] Die Informationsbasis besteht aus den von den Parteien übereinstimmend vorgebrachten, unstrittigen Tatsachen, den verwertbaren Beweismitteln, allgemein bekannten Tatsachen sowie den besonderen Fachkenntnissen des Gerichts. Anhand dieser Informationen bildet das Gericht sein Tatsachenurteil, das Beweisergebnis.[78]

In den vorne beschriebenen Entscheiden zum Anscheinsbeweis war diese Basis der Beweiswürdigung – d.h. die Informationen über das konkrete Geschehen – jeweils sehr beschränkt. Es fehlten konkrete Hinweise, warum gerade die überhöhte Geschwindigkeit zum Unfall, die verspätete Diagnose zum Tod, eine fehlende Abdeckung einer Maschine oder ein fehlendes Treppengeländer zur Verletzung der geschädigten Person geführt haben. Bei anderen Fällen war nur das «Ergebnis» bekannt: Das Werk brach zusammen, die Kaffeekanne explodierte, es kam zu einer Infektion nach einer Injektion oder zur Kostenüberschreitung beim Hausbau.

## 2. Kontrast: Alltagsvorgang und wissenschaftliche Forschung

Mit der Beweiswürdigung urteilt das Gericht, ob die Behauptungen der klagenden Partei wahr sind. Wie dieser Prozess kognitiv abläuft, ist weitgehend unbekannt und in Worten nicht zu beschreiben.[79] Aus praktischer Sicht handelt es sich jedoch um einen gewöhnlichen Vorgang. In verschiedenen anderen Lebensbereichen bilden sich Menschen ebenfalls eine Überzeugung über die Wahrheit.[80] Zum einen werden alle Personen tagtäglich mit einer Fülle von Behauptungen konfrontiert. Jede Person hat zu entscheiden, ob sie

---

76 OBERHAMMER, Antizipierte Beweiswürdigung, S. 508. Die Regeln über die Sammlung des Prozessstoffs und der Vorgang der Überzeugungsbildung wurden bereits 1931 von JOHN HENRY WIGMORE als die beiden grundlegenden Aspekte des Beweisrechts bezeichnet, siehe WIGMORE, S. 5 ff.

77 WALTER, Freie Beweiswürdigung, S. 284 ff.

78 Ähnlich betont MEIER, Beweismass, S. 62, dass die Überzeugungsbildung des Gerichts innerhalb der vorhandenen Beweismittel erfolgt, weshalb für die nichtbeweisbelastete Partei die Gegenbeweismittel wichtig seien.

79 BROWN, S. 103.

80 Vgl. VERGÈS/VIAL/LECLERC, S. 8.

diese als wahr erachtet oder nicht.[81] Es geht um rein private oder gesellschaftliche Ereignisse. Bei Letzteren wird meist auf die Berichte von Autoritäten wie Medien, Experten oder Regierungen vertraut. Zum andern beschäftigen sich die Wissenschaften «professionell» mit der Wahrheitssuche. Diese erfolgt in verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen auf eigene Art und Weise und anhand von gewissen Regeln. Ganz grob lässt sich sagen, dass in der Forschung Hypothesen aufgestellt werden, die durch die Forschungsgemeinschaft (mit Experimenten) bestätigt oder widerlegt werden sollen.[82] Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler bilden sich auf diese Weise ebenfalls eine «Überzeugung».

In einem Prozess untersucht das Gericht in der Regel alltägliche Vorgänge. Gegenstand des Beweises sind vielfach Tatsachen, mit denen jede Person auch im Privatleben konfrontiert wird. Das zeigt sich illustrativ bei den dargestellten Entscheiden. Es ging u.a. um die Frage, weshalb eine Person gestürzt ist oder warum es zu einem Verkehrsunfall gekommen ist. Während die wissenschaftliche Forschung anhand von gesammelten Daten Theorien entwickelt,[83] muss im gerichtlichen Verfahren untersucht werden, ob sich eine einzelne Tatsache ereignet hat. Das Gericht muss beurteilen, was die Parteien zur fraglichen Zeit gemacht und gewollt haben und welche Konsequenzen ihre Handlungen hatten. Solche Geschehen können oftmals nicht mit wissenschaftlichen Methoden und nur mit beschränkter Genauigkeit rekonstruiert werden.[84] Die gerichtliche Überzeugung wird deshalb auf ähnliche Weise wie im Alltag gebildet.[85] Das Gericht hört sich die unterschiedlichen «Geschichten» der Parteien an, befragt Zeugen und analysiert die vorhandenen Urkunden. Es führt keine «Experimente» durch, um Parteibehauptungen zu überprüfen. Es verlässt sich stattdessen auf die Spezialkenntnisse von sachverständigen Personen («Autoritäten»), welche nach Art. 186 ZPO Abklärungen treffen und damit «Experimente» durchführen können.[86]

---

81 Z.B. Vorgesetzte, Lehrer oder Eltern, die Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern, Schülern oder Kindern klären müssen, siehe BROWN, S. 108.

82 KAYE, Law and Science, S. 315.

83 Vgl. LOEVINGER, S. 328.

84 MEIER, Beweismass, S. 60.

85 Siehe das anschauliche Beispiel von OBERHAMMER, Tatsächlich Recht haben, S. 419 zu BGE 126 III 315: Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat es abgelehnt, zur Verwechselbarkeit von Marken ein demoskopisches Gutachten einzuholen. Eine betriebswirtschaftliche Studie zur Frage der Verwechselbarkeit würde keinem wissenschaftlichen Standard genügen, wenn als Probanden lediglich zwei Mitglieder des Obergerichts und drei Handelsrichter befragt würden.

86 Vgl. KAYE, Law and Science, S. 315 ff. zu den unterschiedlichen Vorgehensweisen: Beim Vorgang der Überzeugungsbildung sieht KAYE jedoch grosse Übereinstimmungen zwischen gerichtlichem und wissenschaftlichem Beweis.

Wie ähnlich die gerichtliche und die alltägliche Überzeugungsbildung ist, zeigt sich illustrativ bei der Aufgabenteilung im amerikanischen Gerichtssystem. Dort kommt der aus Laien bestehenden Jury die Aufgabe zu, über die Tatsachen zu urteilen. Die Jurymitglieder haben weder juristische Kenntnisse noch verfügen sie über Fachwissen zu den sich stellenden Sachfragen.[87] Die ähnliche Art der Überzeugungsbildung zeigt sich ebenfalls in den Fällen des Anscheinsbeweises. Die Gerichte mussten beispielsweise beurteilen, ob eine Geschwindigkeitsüberschreitung zum Autounfall oder eine fehlende Treppenbeleuchtung zum Sturz der geschädigten Person geführt haben. Die Richterinnen und Richter folgten in diesen Fällen ihrer Lebenserfahrung und kamen zum Schluss, dass die Kausalität gegeben sein müsse. Die Überlegung entspricht derjenigen einer «Privatperson», die erfährt, dass jemand zu schnell gefahren und danach verunfallt ist. Der Unterschied der gerichtlichen Überzeugungsbildung zu jener im Alltag liegt deshalb weniger beim Vorgang als im geregelten Ablauf. Wie vorne ausgeführt, existieren Regeln, wie die Informationsbasis gebildet wird. Die Parteien haben ein Recht darauf, dass das Gericht sämtliche tauglichen Beweismittel abnimmt. Die Anforderungen, welche an die gerichtliche Überzeugung gestellt werden, sind mit dem Beweismass – zumindest theoretisch – klar festgelegt. Zudem muss das Gericht sein Tatsachenurteil begründen, und es erfolgt eine Kontrolle durch eine Rechtsmittelinstanz.[88]

### 3. Beweismethoden: Beobachten und Erschliessen

Die Überzeugungsbildung kann auf verschiedene Art erfolgen. Die Lehre unterscheidet zwei Beweismethoden. Beim *direkten Beweis* stammt die Überzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden Tatsache unmittelbar aus den Beweismitteln;[89] beim *indirekten Beweis* wird aus Indizien auf sie geschlossen.[90] Als Abgrenzungskriterium ist – überzeugender Ansicht

87 Prägnant hierzu PROSSER/KEETON, S. 264: *«This question of ‹fact› ordinarily is one upon which all the learning, literature and lore of the law are largely lost. It is a matter upon which lay opinion is quite as competent as that of the most experienced court.»* Die Autoren beziehen sich dabei auf die Kausalitätsfrage.

88 Vgl. zum französischen Recht: VERGÈS/VIAL/LECLERC, S. 9 m.w.H.

89 HOHL, Festschrift Vogel, S. 126; STEIN, S. 8 beschreibt diesen Vorgang so, dass das Gericht *«mit den Tatsachen selbst zu tun hat»*.

90 HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar ZPO, Vor Art. 150 N 3; KUMMER, Grundriss, S. 124; SCHURTER, S. 68. Diese Unterscheidung wird auch in ausländischen Rechtsordnungen vorgenommen. Beispielsweise im englischen Recht, siehe STEEL, Proof of Causation, S. 66 f.

nach[91] – auf die Erkenntnismittel abzustellen, d.h., wie eine Tatsachenbehauptung überprüft werden kann. Diese Prüfung kann auf zwei Arten vorgenommen werden, durch *«Beobachten»* oder durch *«Erschliessen»*.[92] Beobachten meint die unmittelbare Wahrnehmung des Objekts mittels Sinnestätigkeiten und die Feststellung, ob die ihm von der Partei zugeschriebene Eigenschaft zutrifft.[93] In einem Zivilprozess erfolgt dieser Vorgang mit einem Augenschein oder in gewissen Fällen durch ein Gutachten (wobei dann die sachverständige Person für das Gericht beobachtet[94]). Beim Augenschein handelt es sich deshalb um einen direkten Beweis.[95] Im Einzelfall kann der (gerichtliche) Wahrnehmungsapparat den Sachverhalt zwar nicht immer störungsfrei ermitteln. Der gerichtliche Beweis basiert aber auf der Prämisse, dass die Wahrheit mit «Beobachten» grundsätzlich erkannt werden kann. Nur unter dieser Annahme ist Erkenntnisgewinn für den Prozess überhaupt möglich.[96]

Im Gegensatz zum Beobachten wird bei der zweiten Erkenntnismethode die zu beweisende Behauptung nicht direkt festgestellt, sondern muss erdacht werden. Gewisse Tatsachen – wie die Kausalität – können gar nicht beobachtet werden, sondern müssen immer erschlossen werden. Ausgangspunkt für das Erschliessen bildet eine Sachverhaltsannahme. Im juristischen Kontext spricht man von einem Indiz.[97] Dabei handelt es sich um Tatsachen, die für den zu beurteilenden Fall nur deshalb relevant sind, weil aus ihnen auf die zu beweisende Tatsachenbehauptung geschlossen werden kann.[98]

91 Die Abgrenzung ist in der Lehre umstritten. Z.B. wird vorgebracht, dass die Vertragsurkunde den direkten bzw. unmittelbaren Beweis für den Vertragsschluss erbringt, siehe HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar ZPO, Vor Art. 150 N 3; HOHL, Procédure civile, N 1648; GROLIMUND, Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 16. Genau genommen handelt es sich nur um ein Indiz für die Tatsachenbehauptung, d.h. den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen, vgl. SCHLAURI, N 567. Dasselbe gilt sogar für die Auswertung von Filmaufnahmen, siehe WEBER, S. 4.

92 BOCHEŃSKI, S. 14, 73; RÜSSMANN, Beweislehre, S. 62 f.; RÖDIG, S. 119; WEBER, S. 2 ff.; SCHULIN, S. 43.

93 KOCH/RÜSSMANN, S. 274.

94 So schon SIEGRIST, S. 112.

95 SCHWEIZER, Habil., S. 19.

96 KOCH/RÜSSMANN, S. 275; WEBER, S. 4 f. FN 19; zum angloamerikanischen Recht: TWINING, S. 12 ff. Die juristische Beweistheorie ist somit dem kritischen Rationalismus verpflichtet, vgl. SCHWEIZER, Habil., S. 344: Erkenntnisgewinn über die Wahrheit ist im Grundsatz möglich.

97 KOCH/RÜSSMANN, S. 283 ff.

98 Es handelt sich um sog. *«mittelbar rechtserhebliche»* Tatsachen, siehe KUMMER, Berner Kommentar 1962, Art. 8 ZGB N 93. Zur Rechtserheblichkeit von Tatsachen siehe hinten S. 27 ff.

Dazu braucht es eine *«Regel»*, die einen Zusammenhang zwischen dem Indiz und der zu beweisenden Behauptung herstellt.[99]

Erkenntnistheoretisch muss es sich beim Indiz um eine Annahme handeln, die unmittelbar beobachtbar ist.[100] In einem Zivilprozess kann das Indiz indessen prozessual feststehen, wenn die Tatsache unbestritten ist. Entgegen der Ansicht einiger Autorinnen und Autoren ist die Beweiswürdigung deshalb nicht zwingend mit der formellen Abnahme von Beweismitteln in der Hauptverhandlung verbunden.[101] Der Vorgang des Erschliessens setzt keine Abnahme von Beweismitteln im Sinne von Art. 168 ff. ZPO voraus, wenn die Indizien aufgrund der übereinstimmenden Schilderung der Parteien feststehen.

In praktischen Fällen wird nur selten direkt von *einem* Indiz auf die zu beweisende Tatsache geschlossen. Meistens gibt es eine Vielzahl von Indizien, die zusammen den Beweis für die Tatsachenbehauptung erbringen. Es wird deshalb auch von Indizienketten gesprochen.[102] Wie die einzelnen Indizien zum Ganzen – dem Entscheid über die strittige Tatsachenbehauptung – zusammengefügt werden, ist ein komplexer Vorgang.[103] Dieser wird dadurch erschwert, dass sich Indizien widersprechen können. Die Lehre hat verschiedene Modelle entwickelt, welche versuchen, die Überzeugungsbildung bei einer Vielzahl von Indizien zu erklären.[104]

## 4. Kern des Problems: Erschliessen beim Anscheinsbeweis

In gewissen Situationen wird der Beweis hingegen auf «simple» Weise erbracht, nämlich mit der Schlussfolgerung von *einem Indiz* auf die zu beweisende Tatsache.[105] Eine solche Schlussfolgerung kann verschiedene Grund-

99 Statt vieler: GUYAN, BSK ZPO, Art. 157 N 13. Die Denkgesetze der Logik legen dann fest, ob mithilfe der Regel vom Indiz auf die zu beweisende Tatsache geschlossen werden darf. Siehe weiterführend zum (logischen) Erschliessen: KOCH/RÜSSMANN, S. 283 ff.; RÖDIG, S. 119 ff.; SCHWEIZER, Habil., S. 84 ff.

100 KOCH/RÜSSMANN, S. 277 f.

101 BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.48 f.; GUYAN, S. 11; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.140; SUMMERMATTER/JACOBER, S. 137 m.w.H. Diese Autorinnen und Autoren gehen von einem «engen» Begriff der Beweiswürdigung aus, während die vorliegende Arbeit die Beweiswürdigung in einem weiteren Sinne versteht, siehe SCHWEIZER, Habil., S. 13 m.w.H.

102 Siehe z.B. SUMMERMATTER, S. 560 ff.

103 ROMERIO, S. 30 ff.; vgl. SUMMERMATTER, S. 541 ff.

104 Siehe z.B. die Modelle von: SCHWEIZER, Habil., S. 208 ff.; GRÄNS, S. 119 ff.; WEBER, S. 18 ff.; BEX, S. 83 ff.

105 Vgl. MUMMENHOFF, S. 121, der von einer *«reduzierten Form der Beweiswürdigung»* spricht.

lagen haben.[106] Einerseits kann das Gesetz diesen Schluss anordnen. Eine Bestimmung kann vorsehen, dass die Tatsache als bewiesen gilt, wenn das Indiz vorliegt. Es handelt sich dann um eine *gesetzliche Tatsachenvermutung*.[107] Anderseits können generalisierte empirische Behauptungen eine solche Schlussfolgerung erlauben. Eine solche Behauptung beschreibt einen Zusammenhang zwischen dem Indiz und der zu beweisenden Tatsache.[108] Dieser Schluss wird in der Schweiz normalerweise als *natürliche oder tatsächliche Vermutung* bezeichnet.[109] Hingegen wird oftmals nicht klar benannt, worauf diese Schlussfolgerung beruht.[110] In der Erkenntnistheorie wird die den Zusammenhang zwischen Indiz und Beweisgegenstand beschreibende Aussage als Regel bezeichnet (vgl. vorne S. 21). Im juristischen Kontext wird häufig die «allgemeine Lebenserfahrung» als Grundlage angeführt.[111]

Eine solche Aussage wird in der vorliegenden Arbeit als *Erfahrungssatz* bezeichnet.[112] Der Erfahrungssatz macht eine Aussage dazu, ob das Indiz und die zu beweisende Tatsache zusammen auftreten. Meist trifft der Erfahrungssatz eine kausale Aussage. Er gibt also an, ob (und allenfalls in wie vielen Fällen) das Indiz die zu beweisende Tatsache verursacht (z.B. Faktor x verursacht in [z] % aller Fälle Ereignis y). Der Begriff hat bei der Analyse des Anscheinsbeweises *zentrale Bedeutung*.[113] Beim Anscheinsbeweis wird

106 Möglich ist zudem ein Beweislastvertrag zwischen den Parteien, vgl. Urteil HG170250 des HGers ZH vom 5. Mai 2020, E. 1.4.1; Urteil 4A_307/2020 des BGers vom 13. Januar 2021, E. 4.2.2 und 7.6.

107 Statt vieler: GROLIMUND, Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 52 f.; AEPLI, Fachhandbuch Zivilprozessrecht, N 20.80. Handelt es sich um eine nicht widerlegbare Vermutung, spricht man von einer Fiktion, siehe BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Vor Art. 150-193 N 18.

108 KOCH/RÜSSMANN, S. 282 f.

109 Statt vieler: SUTTER-SOMM, N 871; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.152; GROLIMUND, Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 57.

110 Z.B.: MEIER, Zivilprozessrecht, S. 281 f.; vgl. ebenfalls GRONER, S. 13 ff., der zwischen Lebenserfahrung, konkreten und generell-abstrakten Erfahrungssätzen unterscheidet. Zur Kategorisierung von Erfahrungssätzen siehe hinten S. 149 ff.

111 Urteil 5A_892/2014 des BGers vom 18. Mai 2015, E. 2.1; BGE 124 III 5 E. 1b S. 8; BGE 123 III 241 E. 3 S. 243; BGE 117 II 256 E. 2b S. 258; LIENHARD, Beweislast, S. 401; AEPLI, Fachhandbuch Zivilprozessrecht, N 20.111; SUTTER-SOMM, N 778; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.152; HOHL, Procédure civile, N 1592; GROLIMUND, Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 57.

112 Ebenso: BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Art. 151 N 11; HASENBÖHLER, Beweisrecht Band 1, N 1.30; CHABLOZ/COPT, Petit Commentaire CPC, Art. 157 N 26 f.; SCHLAURI, N 568 ff.

113 Als Erfahrungssatz werden auch andere Tatsachen bezeichnet wie z.B. Statistiken zum Durchschnittseinkommen. Der Begriff ist also breiter, siehe hinten S. 166.

ebenfalls – basierend auf einem Indiz und einem Erfahrungssatz – eine Schlussfolgerung getroffen. Diese Überlegung lässt mit den erwähnten Entscheiden illustrieren:

- *Zur 1. Fallgruppe:* Geschwindigkeitsüberschreitungen führen zu Unfällen (Erfahrungssatz). Das Auto war mit überhöhter Geschwindigkeit unterwegs (Indiz). Die Geschwindigkeitsüberschreitung hat den Unfall verursacht (Schlussfolgerung).
- *Zur 1. Fallgruppe:* Eine fehlende Treppenbeleuchtung führt zu Stürzen (Erfahrungssatz). Die Treppe war nicht beleuchtet (Indiz). Die fehlende Treppenbeleuchtung hat den Sturz verursacht (Schlussfolgerung).
- *Zur 2. Fallgruppe:* Ein Gerüst bricht nicht zusammen, wenn es sorgfältig gebaut und unterhalten wurde (Erfahrungssatz). Das Gerüst brach zusammen (Indiz). Das Gerüst wurde entweder nicht sorgfältig gebaut oder nicht genügend unterhalten (Schlussfolgerung).
- *Zur 2. Fallgruppe:* Eine Kaffeekanne explodiert nicht, wenn sie richtig konstruiert und produziert wurde (Erfahrungssatz). Die Kaffeekanne ist explodiert (Indiz). Die Kanne hatte einen Konstruktions- oder Produktionsfehler (Schlussfolgerung).

Bei dieser Aufzählung zeigen sich die Probleme beim Erschliessen deutlich. Die Erfahrungssätze sind nicht korrekt oder zumindest unpräzise formuliert. Geschwindigkeitsüberschreitungen und fehlende Treppenbeleuchtungen führen nicht immer (praktisch sogar eher selten) zu Unfällen. Ein Schadensereignis hat häufig viele verschiedene mögliche Ursachen. Zwar sind Geschwindigkeitsüberschreitungen oder fehlende Treppenbeleuchtungen *«typische»* Ursachen für Schadensereignisse. Es stellt sich allerdings die Frage, welche Aussage die Erfahrungssätze treffen und womit sich die Schlussfolgerung rechtfertigen lässt, dass der konkrete Fall tatsächlich ein typischer ist. Beim Anscheinsbeweis ist fraglich, unter welchen Voraussetzungen darauf geschlossen werden kann, dass ein «verpöntes» Verhalten (wie die Geschwindigkeitsüberschreitung) das Schadensereignis verursacht hat (1. Fallgruppe) bzw. dass das Schadensereignis durch ein verpöntes – im Detail aber unbekanntes – Verhalten verursacht wurde (2. Fallgruppe). Aus diesen Gründen ist eine vertiefte Analyse angezeigt.

## VI. Ablauf der Untersuchung

Ausgangspunkt für die Untersuchung bilden die vom Bundesgericht in 4A_262/2016 genannten beweisrechtlichen Prämissen. Diese – in der vorliegenden Arbeit zu prüfenden und zu konkretisierenden – Eigenschaften lassen sich wie folgt zusammenfassen:[114] Der Anscheinsbeweis

1. verschiebt das Beweisthema, indem die beweisbelastete Partei den Sachumstand beweisen muss, aufgrund dessen das Gericht – bei Vorliegen eines typischen Geschehensablaufs – auf die zu beweisende Tatsache schliesst;
2. setzt einen typischen Geschehensablauf voraus, d.h., dass die Typizität des rechtserheblichen Geschehens nach allgemeiner Lebenserfahrung die behauptete Tatsache als wahr erscheinen lässt, weil Abweichendes ausserhalb jeder vernünftigen Betrachtungsweise liegt;
3. wendet nicht die Beweislast;
4. bestimmt nicht das Beweismass;
5. ist richterliche Beweiswürdigung;
6. ist ein Anwendungsfall einer natürlichen Vermutung;
7. hat zur Folge, dass für die beweisbelastete Partei die entsprechenden prozessualen Obliegenheiten entfallen, namentlich Beweisanträge einzugeben.[115]

Im 2. Kapitel ist zu untersuchen, was mit dem Anscheinsbeweis überhaupt bewiesen wird. Offensichtlich geht es bei der ersten Fallgruppe um die Kausalität. Zu analysieren ist, worum es sich – im juristischen Kontext – bei der Kausalität genau handelt. Bei der zweiten Fallgruppe – dem Schluss auf das haftungsbegründende Tatbestandsmerkmal – ist zu prüfen, welche Tatsachen mit dem Schluss auf das Tatbestandsmerkmal «Mangel» oder «Sorgfaltspflichtverletzung» bewiesen werden.

Im 3. Kapitel ist auf die soeben erwähnte Frage einzugehen, wie das Erschliessen beim Anscheinsbeweis funktioniert und unter welchen Voraussetzungen mithilfe der Lebenserfahrung auf die zu beweisende Tatsache geschlossen werden kann. Es geht also darum, welche Aussage der *«typische*

114 Das Bundesgericht äussert sich in diesem Entscheid zu den beweisrechtlichen Eigenschaften der ersten Fallgruppe. Für den Ausgangspunkt der Untersuchung wird damit auch die zweite Fallgruppe ausreichend beschrieben. So geht die Lehre davon aus, dass die Umschreibung auch für jene Entscheide zutrifft, vgl. WALTER, Anscheinsbeweis, S. 447 ff.; BRÖNNIMANN, Anscheinsbeweis, S. 17 ff.; implizit zudem BGE 120 II 248 E. 2c S. 251.

115 Siehe Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 4.4.2.1.

*Geschehensablauf»* macht. Offensichtlich handelt es sich beim Anscheinsbeweis um «case law»:[116] Aus verschiedenen Urteilen wird herausgearbeitet, wie sich das Gericht seine Überzeugung gebildet hat. Dieses Vorgehen ist (vor allem im kontinentaleuropäischen Raum) ungewohnt und kann zu Fehlschlüssen verleiten.[117] Es gibt verschiedene mögliche Fehlerquellen: So besteht die Gefahr, dass die Überlegungen, die einen konkreten Sachverhalt betreffen, übereifrig verallgemeinert werden. Die Ergebnisse hängen zudem davon ab, welche Entscheide ausgewählt werden.[118] Übersehene Urteile können die Validität der gezogenen Schlüsse in Frage stellen. Bei gewissen ausgewählten Entscheiden kann es sich auch schlicht um Fehlurteile handeln.[119] In der Schweiz gibt es nur eine überschaubare Anzahl an Urteilen, die auf einen Anscheinsbeweis abgestellt haben. Hinzu kommt die Schwierigkeit, dass das Bundesgericht die Tatsachenfeststellung der unteren Instanzen nur eingeschränkt überprüft.[120]

Aufgrund dieser Schwierigkeiten ist zu prüfen, ob ausländische Rechtsordnungen ähnliche Schlussfolgerungen kennen. Wegen ihrer räumlichen und kulturellen Nähe erscheint es angebracht, das deutsche, österreichische und französische Recht zu untersuchen. Zudem handelt es sich beim «Anscheinsbeweis» um einen Begriff, der aus dem deutschen Recht stammt.[121] Daneben bietet es sich an, das angloamerikanische Recht beizuziehen, weil diese Rechtsordnungen einen anderen – etwas pragmatischeren – Zugang zu beweisrechtlichen Fragen haben. Diese Analyse hilft, die erwähnten potenziellen Fehlerquellen wie die kleine Stichprobe, Fehlurteile und falsche Verallgemeinerungen zu minimieren.

Im Anschluss daran kann im 4. Kapitel die beweisrechtliche Einordnung des Anscheinsbeweises überprüft werden. Die Gerichte qualifizieren den Überzeugungsbildungsvorgang beweisrechtlich häufig nicht genau. Sie

---

116 Vgl. ALTHAMMER/TOLANI, S. 117.

117 Ähnlich zum deutschen Recht: GREGER, Anscheinsbeweis, S. 1100.

118 Es finden sich in der Rechtsprechung auch Entscheide, in denen die Gerichte auf eine solche Schlussfolgerung verzichtet haben. Als Beispiel kann das Urteil ZK2 13 40 des Kantonsgerichts Graubünden vom 23. Mai 2014 genannt werden. Zwei Kinder hatten in einer Scheune in einer alten Blechwanne ein Feuer gemacht. Daraufhin brannte die Scheine ab. Obwohl es keine Hinweise für andere Brandursachen wie Brandstiftung oder Tierfrass gab, verneinte das Kantonsgericht die natürliche Kausalität.

119 Man könnte auch sagen: *«hard cases make bad law»*; siehe z.B. die Kritik an BGE 120 II 248.

120 Siehe z.B.: Urteil 4C.190/2002 des BGers vom 29. Oktober 2002, E. 3 (nicht publiziert in BGE 129 III 65) = Pra 2003 Nr. 121.

121 BERGER-STEINER, Dissertation, N 06.156 spricht von einer *«aus Deutschland importierten Rechtsfigur»*.

sprechen von einem Anscheinsbeweis, einer natürlichen Vermutung oder schlicht von einer Schlussfolgerung. Die unterschiedlichen Begriffe stehen exemplarisch für die generellen Schwierigkeiten bei der beweisrechtlichen Einordnung. So wird in der Lehre vertreten, dass der Anscheinsbeweis nichts anderes als eine *tatsächliche Vermutung* sei.[122] Nach einem anderen Teil der Lehre wird mit dem Anscheinsbeweis das Beweismass herabgesetzt.[123] Diese Fragen gilt es zu klären und die dogmatischen Eigenschaften des Anscheinsbeweises zu überprüfen. Der Überzeugungsbildungsvorgang muss ins Gefüge von Beweislast, Beweismass und Beweiswürdigung eingeordnet werden.

Im 5. Kapitel wird zum einen geklärt, ob mit der Lebenserfahrung nicht nur vom Schadensereignis «rückwärts» auf die Ursache, sondern auch «vorwärts» auf den Vermögensschaden geschlossen werden kann. Zum andern wird erörtert, wie mit dem Anscheinsbeweis in der Praxis prozessual umzugehen ist. Zu prüfen ist insbesondere, ob sich bei den vorne beschriebenen Regeln zur Bildung der Tatsachenbasis Besonderheiten ergeben.

Die am Anfang dieses Abschnitts erwähnten bundesgerichtlichen Prämissen zum Anscheinsbeweis werden im 6. Kapitel anhand der gewonnenen Erkenntnisse angepasst. Es wird eine eigene Definition der Eigenschaften, Voraussetzungen und beweisrechtlichen Konsequenzen des Anscheinsbeweises geschaffen.

122 GRONER, S. 147; KOFMEL EHRENZELLER, S. 824 f.; implizit ebenso: HABSCHEID, N 647; SCHLAURI, N 604 geht bei gewissen Fällen von einer natürlichen Vermutung aus, im Allgemeinen aber von einer Senkung des Beweismasses.

123 SCHLAURI, N 610; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 43 N 75.

# 2. Kapitel: Beweisgegenstand des Anscheinsbeweises

Damit das Erschliessen untersucht werden kann, muss zuerst geklärt werden, was mit dem Anscheinsbeweis genau bewiesen wird. Einerseits ist darzulegen, was unter der natürlichen Kausalität zu verstehen ist. Anderseits ist zu analysieren, welche Tatsachen bei der zweiten Fallgruppe bewiesen werden, wenn auf ein haftungsbegründendes Tatbestandsmerkmal wie den «Mangel» geschlossen wird.

Nach Art. 150 Abs. 1 ZPO sind *rechtserhebliche (streitige*[124]*) Tatsachen* zu beweisen. Die ZPO enthält keine Definition der Tatsache. Ebenso setzen sich zivilprozessuale Standardwerke kaum mit dem Begriff auseinander.[125] Im Grundsatz scheint intuitiv klar, was eine Tatsache ist und worin der Unterschied zwischen Tatsache und Rechtsbegriff besteht. Mit Tatsachen wird beschrieben, was auf Sachverhaltsebene passiert ist. Es handelt sich nach gängiger Formulierung um konkrete, nach Raum und Zeit bestimmte Ereignisse oder Zustände.[126] Nach Klärung des Sachverhalts, wenn also die Tatsachen feststehen, erfolgt im Rahmen der Rechtsanwendung die Subsumtion unter die Norm (d.h. die Rechtsbegriffe).[127]

Welche Tatsachen *rechtserheblich* sind, bestimmt das materielle Recht.[128] Es sind jene Tatsachen, die für die Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale der anwendbaren Norm relevant sind,[129] d.h., *«wenn bei ihrem Vorliegen anders zu entscheiden ist, als bei ihrem Fehlen»*.[130] Die rechtserheblichen

124 Siehe dazu vorne S. 16.

125 Z.B.: HOFMANN/LÜSCHER, S. 128; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 42 N 5 ff.; LEU, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 150 N 39 ff.

126 BÄHLER, Fachhandbuch Zivilprozessrecht, N 20.249; HASENBÖHLER, Beweisrecht Band 1, N 1.4 m.w.H.; BRÖNNIMANN, Dissertation, S. 9 m.w.H.; DESCHENAUX, S. 17. Diese Formulierung ähnelt der Definition in Deutschland, siehe dazu: SEIDL, S. 32.

127 SCHOTT, BSK BGG, Art. 95 N 4; HOHL, Procédure civile, N 1581 f.; DESCHENAUX, S. 15.

128 Statt vieler: BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.04; HOHL, Procédure civile, N 1588.

129 SCHWEIZER, Habil., S. 13.

130 KUMMER, Grundriss, S. 122; BRÖNNIMANN, Dissertation, S. 9; Urteil 5A_892/2014 des BGers vom 18. Mai 2015, E. 2.2; Urteil 4A_487/2018 des BGers vom 30. Januar 2019, E. 4.2.1: *«Est pertinent un fait de nature à influencer la solution juridique du litige.»*

Tatsachen werden häufig so umschrieben, dass es sich um diejenigen Tatsachen handelt, welche Tatbestandsmerkmale der anwendbaren Norm bilden.[131] So wird gesagt, dass bei der Haftung für eine unerlaubte Handlung die geschädigte Person den Schaden, die Kausalität, die Widerrechtlichkeit und das Verschulden zu beweisen hat.[132] Diese Ausdrucksform ist mehrheitlich nicht präzise. Tatbestandsmerkmal und Tatsache sind nicht identisch. Mit einer Tatsachenbehauptung wird ein konkreter Sachverhalt beschrieben. Tatbestandsmerkmale hingegen sind in Normen vorgesehen und deshalb Rechtsbegriffe. Sie müssen erfüllt sein, damit die Rechtsfolge eintritt. Terminologisch wird demnach nicht immer genau zwischen Tatsachen und Rechtsbegriffen unterschieden. Für die Praxis ist die Unterscheidung aber zentral. Tatsachen müssen von den Parteien behauptet und bewiesen werden, während Rechtsfragen vom Gericht von Amtes wegen selbständig beantwortet werden müssen (Art. 57 ZPO).[133]

Der Vorgang der Sachverhaltsermittlung und derjenige der Rechtsanwendung weisen eine Gemeinsamkeit auf.[134] Die Parteien müssen den Sachverhalt in Worte fassen und behaupten. Das Gericht hat dann im Rahmen der Beweiswürdigung zu prüfen, ob sich der Sachverhalt tatsächlich wie behauptet zugetragen hat (etwa: B.D. ist mit mindestens 69 km/h gefahren, die Geschwindigkeitsbegrenzung betrug 50 km/h). Danach muss das Gericht – im Rahmen der Rechtsanwendung – die Subsumtion unter die Rechtsnorm vornehmen (z.B.: Eine Geschwindigkeitsüberschreitung von 19 km/h stellt ein grobfahrlässiges Verhalten dar). Der Sachverhalt muss also zuerst in (umgangssprachliche) Worte gefasst und danach unter rechtliche Begriffe («andere Worte») subsumiert werden.[135] Unverkennbar handelt es sich um einen verwandten Vorgang,[136] weshalb die Unterscheidung schwierig sein kann.

131 GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 318; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 42 N 11.

132 CICORIA, S. 7; BERGER/NOGLER, S. 169; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 42 N 11; zur vertraglichen Haftung: LIENHARD, Beweislast, S. 393.

133 Terminologisch spricht man von einer Tatfrage, wenn über das Vorhandensein von Tatsachen entschieden wird, und von einer Rechtsfrage, wenn es um Rechtsanwendung geht. Gewisse Rechtstheoretiker betonen, dass eine Unterscheidung in gewissen Fällen gar nicht möglich sei, vgl. z.B. ALLEN/PARDO, Law-Fact Distinction, S. 1769 ff.; SEVELIN, S. 349 ff.

134 SCHUBARTH, S. 77; NONN, S. 169 sehen die Schwierigkeit, zwischen Tat- und Rechtsfragen zu unterscheiden, im *«Hin- und Herwandern des Blicks»* zwischen Norm und Sachverhalt. Die Autoren gehen davon aus, dass das Vorverständnis einer Norm Einfluss auf das Verständnis des Sachverhalts hat.

135 LARENZ, S. 308.

136 STEIN, S. 12 f.; DESCHENAUX, S. 21. Technisch ausgedrückt, handelt es sich beim Tatsachenurteil ebenfalls um einen Syllogismus. Der Obersatz ist jedoch nicht ein Rechtssatz, sondern eine tatsächliche Aussage, siehe ORFANIDIS, S. 384.

Der erwähnte Ausdruck, dass ein Tatbestandsmerkmal bewiesen werden muss, ist deshalb in einigen Fällen präzise. Mit dem Beweis einer Tatsache kann zugleich die Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal einhergehen. Die beiden Vorgänge von Sachverhaltsermittlung mittels Beweiswürdigung und Rechtsanwendung (Subsumtion) fallen zusammen,[137] wenn der verwendete Rechtsbegriff allgemein bekannt ist und mit dem alltäglichen Sprachgebrauch übereinstimmt.[138] Die Alltagssprache und der Rechtsbegriff sind in diesen Fällen identisch.[139] Solche Tatbestandsmerkmale werden unterschiedlich bezeichnet, etwa als «bestimmte natürliche Begriffe»[140], «einfache Rechtsbegriffe»[141] oder «deskriptive Tatbestandsmerkmale»[142]. Umgekehrt lässt sich diese Übereinstimmung auch auf Sachverhaltsebene beschreiben, weil die Begriffe eben identisch sind. Man spricht dann von «unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen»[143] oder «juristischen Tatsachen»[144].

# I. Natürlicher Kausalzusammenhang

Bei der Kausalität liegt eine spezielle Situation vor. Die Haftungstatbestände nennen die Kausalität nicht ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal. Die relevanten Normen sprechen von Schaden «zufügen» (Art. 41 OR), «verursachen» (Art. 58 OR) oder vom «daraus entstehenden Schaden» (Art. 97 OR). Lehre und Rechtsprechung haben jedoch für alle diese Tatbestände einen einheit-

137 Vgl. VON DÄNIKEN, S. 137. In der deutschen Lehre wird hingegen betont, dass sich in diesem Fall Tat- und Rechtsfrage sauber trennen lassen, siehe ENGISCH, Logische Studien, S. 96 ff.; GOTTWALD, Revisionsinstanz, S. 139 m.w.H.

138 THOLE, Stein/Jonas, § 284 N 17. Als Beispiele werden «mieten» oder «kaufen» genannt. Neben der allgemeinen Bekanntheit ist erforderlich, dass es sich auf Tatsachenebene um eine konkrete Gegebenheit handelt. Der Begriff muss ein Geschehen zumindest im konkreten Zusammenhang unzweideutig beschreiben. So wird betont, dass der Rechtsbegriff «Kauf» in der Alltagssprache nicht zwingend den Kaufvertrag beschreibt, sondern auch den Eigentumserwerb meinen kann, siehe SEIDL, S. 45 f. Bei einem Tatsachenvortrag vor Gericht wird aus dem Zusammenhang in aller Regel hervorgehen, ob nun der Begriff rechtlich korrekt verwendet wurde. ENGISCH, Logische Studien, S. 98 ff. führt als Beispiel den «Menschen» an.

139 WUILLEMIN, N 527; a.A. ENGISCH, Logische Studien, S. 96.

140 VON DÄNIKEN, S. 137; ENGISCH, Logische Studien, S. 99 FN 1.

141 ORFANIDIS, S. 385 ff. m.w.H.

142 Siehe MEIER, RAOUL, N 141; VON GREYERZ, S. 8 betont, dass diese keine Wertung enthalten, sondern rein feststellend-umschreibender Natur sind.

143 KUMMER, Berner Kommentar 1962, Art. 8 ZGB N 93; BRÖNNIMANN, Dissertation, S. 131; NONN, S. 8.

144 PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 288 N 17.

lichen Kausalitätsbegriff geschaffen. Dieser setzt sich aus zwei Komponenten zusammen. Damit das Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, muss das Gericht zwei Fragen bejahen: Erforderlich ist zum einen, dass der Erfolg y entfallen würde, wenn sich der Faktor x nicht ereignet hätte. Mit diesem sog. *«conditio sine qua non-Test»* wird die *«natürliche Kausalität»* geprüft. Es handelt sich dabei um eine Tatsache. Zum andern ist erforderlich, dass der Faktor x nach der Lebenserfahrung und dem allgemeinen Lauf der Dinge geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu verursachen. Dieser zweite, sog. *«Adäquanz»*-Test stellt eine Rechtsfrage dar.[145]

Ein Teil der Lehre qualifiziert die natürliche Kausalität als ein deskriptives Tatbestandsmerkmal.[146] Danach entspricht die «juristische» Kausalität dem «Alltagsbegriff» von Kausalität.[147] Andere Autoren stellen sich hingegen auf den Standpunkt, dass es sich bei der natürlichen Kausalität um einen speziellen rechtlichen Begriff handelt.[148] Strittig ist demnach, ob die natürliche Kausalität identisch ist mit dem «ausserrechtlichen» Kausalitätsbegriff oder ob sie in einem anderen, rechtlichen Sinn zu verstehen ist.[149]

## 1. Kausalitätskonzept: conditio sine qua non

Innerhalb der natürlichen Kausalität wird im schweizerischen Recht – im Unterschied zum deutschen Recht – in der Regel nicht zwischen der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität unterschieden. Bei der haftungsbegründenden Kausalität handelt es sich um den Zusammenhang zwischen der «Haftungsanknüpfung»[150] und der Rechtsgutbeeinträchtigung der geschädigten Partei. Mit der haftungsausfüllenden Kausalität ist der Zusammenhang zwischen Rechtsgutbeeinträchtigung und Vermögensverminderung gemeint.[151] Der Begriff der natürlichen Kausalität

145 Statt vieler: BGE 132 III 715 E. 2 S. 718.

146 SCHULIN, S. 8 ff.; ENGISCH, Kausalität, S. 21, 32.

147 BREM, S. 311 spricht von einem *«vorrechtlichen Begriff»*.

148 GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 95, der von einer *«juristischen Zweckschöpfung»* ausgeht.

149 Vgl. RÖCKRATH, S. 5.

150 Siehe dazu hinten S. 47 ff.

151 FELLMANN/KOTTMANN, N 418. Wo im deutschen Recht die Grenze zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität genau liegt, ist allerdings umstritten, vgl. BGH NJW 2019, 2092; THOLE, Stein/Jonas, § 287 N 13 ff.; ARENS, S. 2; MUMMENHOFF, S. 31.

umfasst beide Aspekte.[152] Dennoch interessiert an dieser Stelle erst einmal die haftungsbegründende Kausalität als «erster Teil» der Kausalkette. Der Anscheinsbeweis beschlägt diesen Teilaspekt, weil mit dem Erfahrungssatz auf die Ursächlichkeit eines fraglichen Verhaltens für ein bestimmtes Schadensereignis geschlossen wird (z.B. die Geschwindigkeitsüberschreitung hat den Unfall bzw. die Verletzung der geschädigten Partei verursacht). Auf die haftungsausfüllende Kausalität ist im 5. Kapitel (S. 157 ff.) näher einzugehen.

Gemäss dem conditio sine qua non-Test ist ein Faktor x für ein Ereignis y dann kausal, wenn y nicht eingetreten wäre, hätte x nicht vorgelegen.[153] Dieser Test wird nicht nur im schweizerischen Recht, sondern auch in Deutschland, Österreich und Frankreich in gleicher Weise zur Prüfung der natürlichen Kausalität eingesetzt. Ebenfalls entspricht der «conditio-Test» inhaltlich dem but for-Test der anglo-amerikanischen Staaten.[154] Beim conditio-Test handelt es sich um ein sog. kontrafaktisches Kausalitätsmodell. Das tatsächliche Geschehen wird mit einem hypothetischen Alternativszenario verglichen.[155]

Während der conditio-Test in der Rechtsprechung fest etabliert ist, wird er in der (Spezial-)Literatur heftig kritisiert.[156] Der Test versagt nämlich in bestimmten Fallkonstellationen:[157]

- Zwei Jäger geben unabhängig voneinander einen Schuss ab. Das Opfer wird von zwei tödlichen Schüssen getroffen. Denkt man die Handlung des einen Jägers weg, ändert sich nichts am Ergebnis (sog. Doppelkausalität).[158]

152 BREHM, Roland, Art. 41 OR N 103. Kritisch zur Unterscheidung SUMMERMATTER, S. 133 ff.; FREI, N 21. Richtig ist, dass die Unterscheidung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität im Ergebnis keine Rolle spielt, wenn – wie im schweizerischen Recht – das gleiche Beweismass anwendbar ist. Wie der Anscheinsbeweis zeigt, ist es allerdings beim Beweis der Kausalität durchaus nützlich, zwischen den beiden Formen zu unterscheiden. «Geistig» wird die Unterscheidung ohnehin gemacht, weil sich das Gericht nicht direkt fragt, ob die Kausalität für den Schaden gegeben ist, sondern vorab klärt, ob die Kausalität für das schädigende Ereignis (z.B. den Autounfall) bejaht werden kann.

153 Statt vieler: REY/WILDHABER, N 621.

154 STEEL, Proof of Causation, S. 16 f.; STAUCH, S. 49.

155 Statt vieler: SUMMERMATTER, S. 323.

156 Siehe z.B.: WRIGHT, Causation in Tort Law, S. 1775 ff.; STAPLETON, Unnecessary Causes, S. 39 ff. Als weitere, nicht kontrafaktische Ansätze sind z.B. die «Lehre von der gesetzmässigen Bedingung» (siehe dazu HERBERGER/SIMON, S. 363 ff.) oder probabilistische Konzepte (z.B. CALABRESI, S. 69 ff.) zu erwähnen.

157 Siehe ebenfalls die weiterführende Kritik von SCHULIN, S. 105 ff.

158 WEBER, Kausalität und Solidarität, S. 119; STEEL, Proof of Causation, S. 20; STAPLETON, Causation, S. 745.

- Drei Verwaltungsräte beschliessen einstimmig, ein gesundheitsgefährdendes Produkt herzustellen. Der Beschluss kann mit einfacher Mehrheit gefasst werden. Die Stimmabgabe eines einzelnen Verwaltungsrats ist nicht kausal.[159]
- Ein Attentäter legt um 14:30 Uhr eine Bombe, die um 15:00 Uhr explodieren soll. Um 14:35 Uhr ersetzt ein zweiter Attentäter die Bombe durch eine eigene, die ebenfalls um 15:00 Uhr explodieren soll. Dieses Ereignis tritt ein und tötet das Opfer (sog. hypothetische Kausalität). Weder die Handlung des einen noch des anderen Attentäters ist nach dem conditio-Test kausal.[160]

Das Grundproblem ist, dass beim conditio-Test der Faktor x als notwendige Bedingung definiert wird.[161] Das Kriterium der Notwendigkeit führt in den dargelegten Fällen dazu, dass die Kausalität verneint werden muss. Es gibt in den Fällen zwar mehrere hinreichende Bedingungen, aber keine ist notwendig für das Schadensereignis.[162] Das Ergebnis des conditio-Tests wird in solchen Fällen einstimmig als falsch beurteilt.[163] Vor allem im angloamerikanischen Raum entwickelte die Lehre deshalb alternative Kausalitätskonzepte. Diese Konzepte haben zum Ziel, ein allgemeingültiges Kausalitätsmodell zu beschreiben und die beschriebenen Sonderfälle sinnvoll zu erfassen. Beim populären «NESS-Test»[164] wird nicht auf eine notwendige Bedingung, sondern auf ein notwendiges Element in einem Set von Bedingungen abgestellt, die zusammen für das Ereignis hinreichend sind (*«necessary element in a sufficient set»*). Dieses alternative Konzept stösst in der neueren (Spezial-) Literatur auf Zustimmung.[165]

Allerdings dürfen die Unterschiede zwischen den alternativen Konzepten (z.B. dem NESS-Test) und dem conditio-Test nicht überschätzt werden. Die Tests sind identisch, wenn sich nur ein Set von Bedingungen ereignet hat

159 STEEL, Proof of Causation, S. 20.

160 DERSELBE, Proof of Causation, S. 18.

161 Vgl. SUMMERMATTER, S. 320 ff.; STEEL, Proof of Causation, S. 26. In gewissen Konstellationen wird die hypothetische Kausalität (auch Reserveursachen genannt) als Schadensproblem angesehen, vgl. hinten S. 43.

162 RÖCKRATH, S. 29.

163 Vgl. SUMMERMATTER, S. 325; FELLMANN/KOTTMANN, N 408; REY/WILDHABER, N 626, 734; HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 2; KRAMER, Kausalität, S. 292.

164 Dieser von WRIGHT, Causation in Tort Law, S. 1788 ff. entwickelte Test basiert auf Überlegungen von Hart/Honoré sowie dem «philosophischen» INUS-Test von MACKIE, S. 245 ff., vgl. HONORÉ, S. 95 ff.

165 Siehe z.B.: TURTON, S. 31 ff.; STEEL, Proof of Causation, S. 26 ff., der sich für eine modifizierte Variante ausspricht.

(das tatsächlich oder hypothetisch hinreichend für das Ergebnis war).[166] Das heisst, die Durchführung des NESS-Tests unterscheidet sich nur in den beschriebenen «Problemfällen» vom conditio-Test.[167] Darin dürfte der Grund liegen, dass die Rechtsprechung am conditio-Test grundsätzlich festhält, auch wenn er in gewissen Konstellationen versagt.[168] Es macht wenig Sinn, ein intuitiv verständliches und seit langer Zeit etabliertes Konzept für einen anderen, schwierig zugänglichen Test aufzugeben, wenn das Ergebnis im Normalfall dasselbe ist. Es ist einfacher, den conditio-Test abzuändern, wenn ausnahmsweise ein problematischer Fall vor Gericht kommt.[169]

Im Übrigen modifiziert die Rechtsprechung den conditio-Test auch bei unüberwindbaren Beweisproblemen. Diese Vorgehensweise wird in der schweizerischen Lehre zwar kaum beschrieben. Die Praxis des Bundesgerichts zeigt jedoch, dass die Kausalität in gewissen Konstellationen nicht strikt mit dem conditio-Test geprüft wird:

- Der Geschädigte kam während vieler Jahre mit Asbest in Kontakt und erkrankte an Brustfellkrebs. Die Arbeitgeberin hat es stets unterlassen, Schutzmassnahmen zu treffen. Diese Unterlassung stellt allerdings erst ab einem gewissen Zeitpunkt eine Pflichtverletzung dar. Im Nachhinein lässt sich nicht mehr feststellen, ob die den Brustfellkrebs auslösende Exposition mit Asbestfasern in der ersten Phase (kein pflichtwidriges Unterlassen) oder in der zweiten Phase (pflichtwidriges Unterlassen der notwendigen Schutzmassnahmen) erfolgte. Das Bundesgericht sieht darin keine unüberwindlichen Beweisprobleme für die Kausalität, wie sie bei Anwendung des conditio-Tests vorliegen würden.[170]
- Bei einer Schlägerei zwischen zwei Studentenverbindungen wird der Geschädigte am Auge schwer verletzt. Wer die Verletzung verursacht hat, lässt sich nicht ermitteln.[171] Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung haften die beklagten Studenten solidarisch. Das Bundesgericht

166 WRIGHT, Clarifying the Concepts, S. 1021; TURTON, S. 45.

167 HART/HONORÉ, S. 113, 122 ff.; RÖCKRATH, S. 34; TURTON, S. 50.

168 Diese Feststellung trifft nicht nur auf das schweizerische Recht zu, vgl. KHOURY, S. 14. Kritisch zu diesem Vorgehen: MOORE, S. 411; NOTES, S. 2165 ff.

169 Ähnlich SUMMERMATTER, S. 374 f.; GREEN, Sarah, S. 9 f.

170 So bejaht das Bundesgericht in BGE 146 III 14 die Kausalität zwischen der pflichtwidrigen Exposition und der Erkrankung implizit: Die zwei Phasen sind nach diesem Urteil nur für die Frage der Verjährung entscheidend. In den angloamerikanischen Staaten stellt die Rechtsprechung in solchen Fällen für die Kausalitätsprüfung auf eine *«material contribution»* ab, siehe *McGhee v. National Coal Board* [1972] 3 All ER 1008 (HL); *Bonnington Castings Ltd v. Wardlaw* [1956] AC 613; *Nicholson v. Atlas Steel Foundry and Engineering Co Ltd.* [1957] 1 WLR 613 HL (SC); vgl. dazu KHOURY, S. 21 ff.

171 BGE 25 II 817 E. 1 S. 818 ff.; ähnlich BGE 57 II 417 E. 2 S. 419 f. zur Kausalität bei der «fahrlässigen Gehilfenschaft» bei bekanntem Hauptschädiger.

stützt sich dabei entweder auf Art. 50 OR, weil der Schaden im Sinne dieser Norm «gemeinsam verschuldet» wurde.[172] Alternativ argumentiert das Bundesgericht, dass es genügt, wenn die Handlungen der einzelnen Täter *«Glieder einer ganzen Kausalreihe»* sind.[173]

– A. und B. haben die Idee, je einen grossen Stein einen überhängenden Felsen hinabzustossen, sodass diese in den darunterliegenden Fluss fallen. Ein Fischer wird von einem Stein getroffen. Für die Kausalitätsprüfung ist gemäss Bundesgericht die Gesamthandlung der beiden Schädiger entscheidend.[174]

Im Ergebnis ist der conditio-Test geeignet, die natürliche Kausalität zu prüfen.[175] Bei den konzeptionellen Problemen ist leicht erkennbar, wann der conditio-Test versagt und auf alternative Tests zurückgegriffen werden muss. Die intuitive Abänderung des Kausalitätstests bei unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten ist zwar problematisch. Aus der Rechtsprechung geht nicht hervor, welches alternative Testverfahren unter welchen Voraussetzungen angewandt werden soll. Wie die natürliche Kausalität alternativ zu prüfen ist, muss für die Analyse des Anscheinsbeweises allerdings nicht untersucht werden. Bei diesen Fällen stellt die Rechtsprechung durchwegs auf den traditionellen conditio-Test ab. Die Ausführungen zur Abänderung des conditio-Tests zeigen aber zumindest, dass die «juristische» natürliche Kausalität nicht unbedingt mit dem «alltäglichen» Kausalitätsbegriff übereinstimmt. Abhängig von der jeweiligen Sachlage modifizieren die Gerichte die Kausalitätsprüfung. Die natürliche Kausalität ist kein deskriptives Tatbestandsmerkmal.[176]

## 2. Durchführung des conditio-Tests

Der conditio-Test ist intuitiv zugänglich. Die Kausalität ist gegeben, wenn «x» nicht weggedacht werden kann, ohne dass «y» entfiele. Allerdings ist umstritten, wie die notwendige Bedingung x, das Ergebnis y sowie ihre beim Test zu untersuchenden Alternativen zu definieren sind. Zu untersuchen ist deshalb, wie der conditio-Test genau durchzuführen ist.

---

172 BGE 25 II 817 E. 4 S. 822 ff. Allerdings ist Art. 50 OR keine Anspruchsgrundlage, sondern setzt eine solche – gegen jeden einzelnen Beklagten – voraus, siehe FELLMANN/KOTTMANN, N 2761. Dennoch befürwortet die h.L. eine solch *«haftungsbegründende»* Auslegung dieser Norm, vgl. REY/WILDHABER, N 1656 ff.

173 BGE 48 II 145 E. 3 S. 150 f.

174 BGE 113 IV 58 E. 2 S. 60, wonach die Fahrlässigkeit im Entschluss liegt, die Handlung vorzunehmen; siehe ebenfalls BGE 104 II 184 E. 2 S. 187; Urteil 6B_360/2016, 6B_361/2016 des BGers vom 1. Juni 2017, E. 4.9.

175 Ebenso SUMMERMATTER, S. 374 f.

176 Vgl. dazu STEEL, Proof of Causation, S. 25 ff.

## 2.1 Auswahl der Bedingung und kontrafaktisches Gegenteil

Zuerst stellt sich die Frage, welche Handlung oder welcher Zustand weggedacht und was an ihrer Stelle hinzugedacht werden muss. Die Antwort gibt die einschlägige Gesetzesbestimmung.[177] Einzelne Gesetzesbestimmungen beschreiben Bedingung x präzise und geben damit eine genaue Instruktion, wie der Test durchzuführen ist. Als Beispiele können der Kausalzusammenhang zwischen dem Betrieb eines Fahrzeugs und einem Unfall (Art. 58 SVG) oder – um ein Beispiel ausserhalb des Haftpflichtrechts zu erwähnen – zwischen den Verkaufsbemühungen des Mäklers und dem Vertragsabschluss (Art. 413 OR) genannt werden. Bei solchen Tatbeständen geht es um einen Kausalzusammenhang zwischen einem «rechtskonformen» Verhalten und dem Ereignis. Mit dem conditio-Test wird das vom Gesetz definierte Verhalten weggedacht (kein Betrieb des Fahrzeugs, keine Verkaufsbemühungen).[178] Die Auswahl der Bedingung ist in diesen Fällen einfach.

Typischerweise knüpft die Haftung an Verhalten oder Zustände an, die rechtlich verpönt sind. Dasselbe gilt für die anderen Haftungsgrundlagen, die vorliegend interessieren: In BGer 4A_262/2016 musste die grobfahrlässige Fahrweise zum Unfall geführt haben. Bei der Werkeigentümerhaftung muss der Werkmangel ursächlich sein für den Schaden;[179] bei der Produktehaftpflicht der Fehler des Produkts.[180] Bei der vertraglichen Haftung ist ein Kausalzusammenhang zwischen der (schuldhaften) Vertragsverletzung und dem Schaden erforderlich.[181] So muss bei der Ärztehaftung die fehlerhafte Behandlung zum Schaden führen. Das Gesetz verlangt also, dass eine Abweichung vom rechtlich geforderten Standard den Schaden verursacht hat. Diese Gegebenheit ist aus materiell-rechtlicher Sicht klar.[182]

177 HANAU, S. 83; HONORÉ, S. 100. Diese Gegebenheit wird jedoch in der Lehre teilweise übersehen, siehe z.B. SAMUELSSON, S. 5. Andere Autoren bestreiten, dass die anwendbare Norm die Kausalitätsprüfung bestimmt, siehe ENGISCH, Kausalität, S. 21; SCHULIN, S. 118.

178 Typischerweise werden Kausalhaftungstatbestände so geprüft, siehe STUDHALTER, S. 193; HONORÉ, S. 100 f.

179 Vgl. Urteil 4A_458/2008 des BGers vom 21. Januar 2009, E. 2.1; BGE 64 II 198 E. 1 S. 198 f.

180 SUMMERMATTER, S. 89 f.

181 Statt vieler: BGE 115 II 440 E. 4 S. 442 ff.; ebenso z.B. bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, siehe BGE 129 III 129 E. 8 S. 134 f.; Urteil 4A_603/2014 des BGers vom 11. November 2015, E. 6.2; HG130073 des HGers ZH vom 16. März 2018, E. VII.4.1; zur Ärztehaftung BGE 108 II 59 E. 1 S. 61.

182 BGE 131 III 115 E. 3.1 S. 119 spricht von einer Selbstverständlichkeit, dass die Sorgfaltsverletzung kausal für den Schaden sein muss; siehe ebenfalls: KELLER, S. 79; zur strafrechtlichen Kausalität BGE 105 IV 18 E. 3a S. 20.

Bei solchen Tatbeständen hat das Gericht immer zwei Fragen zu beantworten: Die erste Frage lautet, ob das tatsächliche Verhalten respektive der tatsächliche Zustand («*Ist-Zustand*») zum eingetretenen Ereignis geführt hat. Dieser Zusammenhang kann als *realer Kausalverlauf* oder *reale Kausalkette* bezeichnet werden.[183] Zweitens muss das Gericht prüfen, ob das rechtlich gebotene Verhalten bzw. der rechtlich gebotene Zustand («*Soll-Standard*») hypothetisch zum selben oder einem anderen Ergebnis geführt hätte. Dieser Zusammenhang wird hier *hypothetischer Kausalverlauf* oder *hypothetische Kausalkette* genannt.[184]

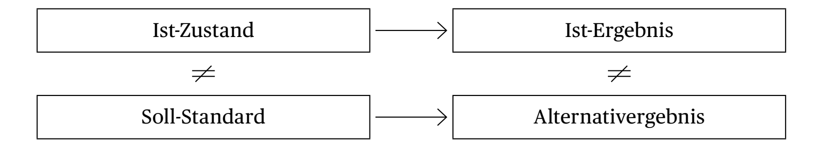



Abbildung 1:
Natürliche Kausalität als Vergleich von realer und hypothetischer Kausalkette

Nach hier vertretener Meinung werden mit dem conditio-Test diese beiden Kausalketten verglichen. Die reale und die hypothetische Kausalkette sind damit Teilfragen der natürlichen Kausalität. Mit dem conditio-Test wird das pflichtwidrige Element weggedacht und ein rechtskonformes Verhalten bzw. ein rechtskonformer Zustand als kontrafaktisches Gegenteil hinzugedacht. Das Gericht prüft bei der Kausalität, ob es auch zum schädigenden Ereignis gekommen wäre, wenn das Werk nicht mangelhaft gewesen wäre, das Produkt nicht fehlerhaft gewesen wäre oder keine Vertragsverletzung begangen worden wäre. Bei den erwähnten Entscheiden zum Anscheinsbeweis untersuchte das Gericht, ob es zum Unfall gekommen wäre, wenn der Autofahrer nicht zu schnell gefahren wäre, wenn die Ausschwingmaschine einen Deckel gehabt hätte oder wenn das Treppenhaus beleuchtet gewesen wäre. Diese Vorgehensweise mag offensichtlich erscheinen und entspricht – zumindest bei diesen Tatbeständen – dem gängigen Verständnis des conditio-Tests.[185] Die Kausalitätsprüfung beim Anscheinsbeweis ist geradezu exemplarisch.

183 WEBER, S. 177 ff.; HART/HONORÉ, S. 407.

184 Vgl. WEBER, S. 195 ff.; HART/HONORÉ, S. 407. Der Begriff wird teilweise explizit nur für sog. Reserveursachen oder den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens verwendet, siehe SUMMERMATTER, S. 26 ff.

185 BGE 123 III 306, E. 5b S. 313 f.; Urteil 4A_469/2016 des BGers vom 19. Januar 2017, E. 3; SUMMERMATTER, S. 90; BREHM, Roland, Art. 58 OR N 93; FELLMANN/KOTTMANN, S. 308; ROMERIO, S. 15 FN 28.

Allerdings soll der conditio-Test gemäss h.L. und Rechtsprechung in der Schweiz[186], Deutschland[187] und Österreich[188] anders durchgeführt werden, wenn es um eine Haftung aus fahrlässiger unerlaubter Handlung nach Art. 41 OR geht. Der Standpunkt der h.L. lässt sich am besten an einem Beispiel, dem sog. *«Radfahrer-Fall»*, erklären.[189] Ein Velofahrer fährt mit einem fahrlässig geringen Abstand von ca. 30 cm an einem Fussgänger vorbei. Da der Fussgänger im Moment des Vorbeifahrens stürzt, kommt es zur Kollision. Ein sorgfältiger Radfahrer hätte beim Vorbeifahren einen Abstand von einem Meter eingehalten. Nach den bisherigen Überlegungen müsste in diesem Fall mit dem conditio-Test das tatsächliche, pflichtwidrige Verhalten weggedacht und das rechtskonforme Verhalten als kontrafaktisches Gegenteil hinzugedacht werden. Der conditio-Test wird im angloamerikanischen und französischen Recht auf diese Weise interpretiert.[190] Im erwähnten Beispiel müsste geprüft werden, ob es auch dann zum Zusammenstoss mit dem Fussgänger gekommen wäre, wenn der Velofahrer den sorgfaltsgemässen Abstand von einem Meter eingehalten hätte. In Deutschland wird dieses Verständnis des conditio-Tests als *«Kausalität der Pflichtwidrigkeit»* bezeichnet.[191]

Wie bereits ausgeführt, lehnt die h.L. in den deutschsprachigen Jurisdiktionen diese Interpretation des conditio-Tests ab. Die vorgeschlagene Alternative besteht darin, die (ganze) Handlung und nicht nur den pflichtwidrigen Teil wegzudenken.[192] Diese Herangehensweise wird so ausgedrückt, dass das «Reale» weggedacht[193] bzw. hypothetisch eliminiert wird.[194] Im Radfahrer-Fall würde mit dem conditio-Test demnach gefragt, ob es auch zum schädigenden Ereignis gekommen wäre, wenn der Radfahrer *gar nicht*

186 FREI, N 262 ff.; SUMMERMATTER, S. 92 f.; STUDHALTER, S. 192 f.; ROMERIO, S. 15; a.A. BREHM, Roland, Art. 41 OR N 114.

187 WEBER, S. 93; a.A.: GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 97; HANAU, S. 61.

188 KAROLLUS, S. 391 f.; KOZIOL, Haftpflichtrecht, Kp. B 2 N 15.

189 Im deutschen Gerichtsentscheid überfuhr ein Lastwagen einen Radfahrer. Um den Fall anhand von Art. 41 OR erläutern zu können, werden die Beteiligten durch einen Velofahrer und einen Fussgänger ersetzt.

190 STEEL, Proof of Causation, S. 17; SCHAFFER, S. 269 ff.; TURTON, S. 29; HONORÉ, S. 104; ROBERTSON, S. 1770; STEEL, Proof of Causation, S. 41; GRECHENIG/STREMITZER, S. 346. Es gibt aber auch abweichende Ansichten, die den Test im Sinne der h.L. in den deutschsprachigen Jurisdiktionen durchführen wollen, z.B. GREEN, Leon, S. 550 ff.

191 HANAU, S. 23 ff. Im angloamerikanischen Raum wird die «reale Kausalität» der deutschsprachigen Lehre als *«overall-conduct approach»* und die Kausalität der Pflichtwidrigkeit als *«tortious aspect approach»* bezeichnet, vgl. WRIGHT, Causation in Tort Law, S. 1759 ff.

192 Vgl. WRIGHT, Causation in Tort Law, S. 1759; STEEL, Exceptions, S. 731 FN 14.

193 HANAU, S. 15.

194 KRAMER, Kausalität, S. 295.

am Fussgänger vorbeigefahren wäre. Die Frage, ob es zum Unfall gekommen wäre, wenn der Velofahrer den sorgfältigen Mindestabstand von einem Meter eingehalten hätte, wird nur dann geprüft, wenn der Schädiger diesen *«Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens»* vorbringt und beweist, dass der hypothetische Kausalverlauf ebenfalls zum Schadensereignis geführt hätte.

Die Lehre behandelt die Frage, wie der conditio-Test durchzuführen ist, meist nur indirekt anhand dieses Einwands.[195] Rechtsprechung und h.L. gehen davon aus, dass die präsumtiv haftpflichtige Person die Beweislast dafür trage, dass der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn sie sich rechtmässig verhalten hätte.[196] Es geht also um die Beurteilung der hypothetischen Kausalkette. Die Befürworter dieses Einwands – und des damit einhergehenden Verständnisses des conditio-Tests[197] – argumentieren, dass es sich beim rechtmässigen Alternativverhalten nicht um eine Kausalitäts-, sondern um eine Wertungsfrage handelt. Damit werde beurteilt, wie weit die Handlungen des Schädigers diesem zugerechnet werden dürfen.[198] Der Kausalzusammenhang als Tatfrage könne nur an reale Gegebenheiten und nicht an einen rechtlichen Begriff wie die Pflichtwidrigkeit anknüpfen.[199] Zumindest einige Autoren scheinen demzufolge davon auszugehen, dass diese Kausalitätskonzeption nicht nur bei Art. 41 OR Anwendung findet, sondern allgemeine Geltung hat. So wird der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens in Rechtsprechung und Lehre nicht nur bei Art. 41 OR als relevant angesehen, sondern auch bei anderen Tatbeständen (z.B. der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit).[200] Argumentiert wird zudem mit der gesetzlichen Regelung in Art. 55 und 56 OR. Danach haften der Geschäftsherr bzw. der Tierhalter nicht, wenn sie beweisen, dass der Schaden auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten wäre. Als weiteres Argument wird angeführt, dass die geschädigte Partei in Beweisnot geriete, wenn sie (auch noch) die hypothetische Kausalkette beweisen müsste.[201]

195 Z.B.: WYSS, S. 313 ff.; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 169 ff. Andere Autoren beschäftigen sich gar nicht damit, z.B. LAURI, S. 11 ff.

196 Urteil 4A_87/2019 des BGers vom 2. September 2019, E. 4.1.3.2 mit Verweis auf BGE 131 III 115 E. 3.1 S. 119.

197 Dieser Zusammenhang wird teilweise übersehen, siehe die widersprüchlichen Aussagen von: KELLER, S. 79, 101.

198 SUMMERMATTER, S. 263. m.w.H.; BÜHLER, Christoph B., S. 70 f.; zum deutschen Recht: BGH VersR 1986, 444, N 56.

199 BÜHLER, Christoph B., S. 70 f.; STUDHALTER, S. 192.

200 Vgl. BÜHLER, Christoph B., S. 65 ff.; REICHART, S. 150 ff.

201 SUMMERMATTER, S. 328.

Diese Konzeption der natürlichen Kausalität – das Hinwegdenken des (gesamten) Verhaltens ohne Hinzudenken des rechtlich gebotenen – ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend.

Im Ausgangspunkt ist der Anwendungsbereich des Einwands des rechtmässigen Alternativverhaltens unklar. Die Anhänger des Einwands äussern sich nicht dazu, ob die damit verbundene Kausalitätskonzeption allgemeine Geltung haben oder nur bei gewissen Haftungstatbeständen wie Art. 41 OR Anwendung finden soll. Bei den oben erwähnten Tatbeständen (z.B. Art. 58 OR oder bei der Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen) würde die Annahme, dass mit dem conditio-Test nur das «reale» Verhalten weggedacht wird, jedenfalls der Gerichtspraxis und den zu diesen Tatbeständen geäusserten Lehrmeinungen widersprechen.

Überzeugender Ansicht nach gibt das Gesetz vor, welche «Ursache» rechtlich relevant ist. Die gesetzliche Regelung unterscheidet sich bei Art. 41 OR nicht von den erwähnten Haftungstatbeständen. Wer einem andern *aus Fahrlässigkeit* widerrechtlich[202] Schaden zufügt, wird ihm zum Ersatz verpflichtet. Das schuldhafte (fahrlässige[203]) Handeln muss kausal sein für die Rechtsgutbeeinträchtigung[204] und den Vermögensschaden.[205] Bei Art. 41 OR muss damit ebenso eine Abweichung vom rechtlich gebotenen Verhalten ursächlich sein für den Schaden.[206] Die h.L. vermag nicht zu begründen, weshalb bei einer Haftung für ein aktives Tun nach Art. 41 OR der Test anders durchgeführt werden soll als bei den anderen erwähnten Tatbeständen (z.B. Art. 58 OR, Art. 1 PrHG) oder wenn das vorwerfbare Verhalten in einem Unterlassen besteht. So wird der conditio-Test auch nach h.L. im hier vorgeschlagenen Sinne durchgeführt, wenn es um eine Unterlassung geht. Unbestrittenermassen wird in einem solchen Fall untersucht, ob es zu einem anderen

202 Nach der neueren Lehre beschlägt die Pflichtwidrigkeit nicht das Verschulden, sondern die Rechtswidrigkeit, siehe ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 220; FELLMANN/KOTTMANN, N 335. Für die Frage der Kausalität spielt die dogmatische Zuordnung allerdings keine Rolle.

203 Hier interessiert nur die fahrlässige und nicht die vorsätzliche Schädigung. Bei der vorsätzlichen Schädigung ist klar, dass die Handlung weggedacht werden muss, mit welcher die schädigende Person den Schaden verursachen wollte; vgl. dazu WRIGHT, Causation in Tort Law, S. 1770.

204 Dies gilt jedenfalls bei der Verletzung absoluter Rechte. Bei reinen Vermögensschäden muss die (fahrlässige) Handlung gegen eine Schutznorm verstossen, damit sie widerrechtlich ist, vgl. REY/WILDHABER, N 845 ff.

205 BGE 146 III 14 E. 5.1 S. 19; BGE 137 III 539 E. 5.2 S. 544.

206 Vgl. die französischsprachige Literatur, wonach ein Kausalzusammenhang zwischen dem *«fait générateur de responsabilité»* und dem Schaden vorliegen muss. Bei Art. 41 OR besteht dieses haftungsbegründende Tatbestandsmerkmal in der Fahrlässigkeit, siehe WERRO, N 286 ff.

Ereignis gekommen wäre, wenn der präsumtiv Haftpflichtige die gebotene Handlung vorgenommen und nicht unterlassen hätte.[207] Die konsequente Handhabung der herrschenden Ansicht hätte zudem die wohl anerkanntermassen unerwünschte Folge, dass der conditio-Test beim gleichen Sachverhalt unterschiedlich durchgeführt werden müsste, wenn sich die geschädigte Person gleichzeitig auf Art. 41 OR sowie einen anderen Haftungstatbestand stützt (z.B. bei einem ärztlichen Behandlungsfehler auf Art. 398 Abs. 2 i.V.m. 97 OR sowie Art. 41 OR).

Das hier vertretene Verständnis des conditio-Tests führt auch nicht dazu, dass die Kausalitätsprüfung normativ aufgeladen oder verrechtlicht wird.[208] Die jeweilige Norm gibt zwar vor, wie der conditio-Test durchzuführen ist und was der Soll-Standard ist. Dennoch handelt es sich bei den Kausalketten um Tatfragen (siehe dazu im Detail S. 45 ff.).[209] Zumindest implizit wird dies auch von der h.L. anerkannt, wenn sie davon ausgeht, dass der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens bewiesen werden muss. Folgt man der h.L., ist im Übrigen gar nicht klar, wie der Test in einem konkreten Fall durchzuführen ist. Konsequenterweise müsste man beim «gesamten Verhalten» ansetzen (das Velofahren und nicht nur die Geschwindigkeitsüberschreitung wegdenken).[210] Diese Vorgehensweise führt jedoch dazu, dass der Test trivial und aus rechtlicher Sicht gar irrelevant wird.[211] Das Gesetz verlangt, dass das rechtlich verpönte und nicht irgendein Verhalten kausal den Schaden verursacht hat. Die Wahl des wegzudenkenden Verhaltens würde ansonsten beliebig.[212]

Ebenso überzeugt das Argument nicht, dass die Beweislast für den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens der präsumtiv haftpflichtigen Partei auferlegt werden muss, weil es für die geschädigte Partei ansonsten zu unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten käme. Wie vorne dargelegt, wird die Kausalitätsprüfung unter Umständen zwar angepasst, wenn unüber-

207 Vgl. Urteil 4A_350/2019 des BGers vom 9. Januar 2020, E. 3.2.2 und 3.3. Siehe weiter zum deutschen und österreichischen Recht: KAROLLUS, S. 392.

208 WRIGHT, Causation in Tort Law, S. 1803 ff.

209 So jedoch die h.L. im deutschsprachigen Raum: KAROLLUS, S. 392; KLEEWEIN, S. 36 f.

210 WRIGHT, Causation in Tort Law, S. 1759.

211 Ähnlich: GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 97.

212 In gleicher Weise könnte man sich auch andere rechtlich irrelevante Handlungen wegdenken (z.B. dass der Velofahrer am Morgen nicht aufgestanden ist und immer noch im Bett liegen würde). Vgl. Urteil 4A_603/2014 des BGers vom 11. November 2015, E. 6.2: *«Es erübrigt sich daher von vornherein, die Kausalität von Ursachen für den Schaden zu ergründen, die den Organen nicht als Pflichtverletzung vorgeworfen werden. Denn mit der Bejahung ihrer Kausalität wäre im Hinblick auf die Begründung einer Haftung nichts gewonnen.»*

windbare Beweisschwierigkeiten bestehen (siehe S. 33 f.). Eine solche Abänderung ist aber nur in Einzelfällen angezeigt. Ansonsten würde im Ergebnis der gesetzliche Tatbestand abgeändert. Der Schaden müsste nicht mehr durch die Fahrlässigkeit verursacht werden. Ebenfalls ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Beweislast bei einem aktiven Tun und einem Unterlassen unterschiedlich verteilt werden müsste.[213]

Die von der h.L. hergestellte Parallele zur Geschäftsführerhaftung (Art. 55 OR) und der Tierhalterhaftung (Art. 56 OR) ist ebenso nicht angebracht. Diese Normen ordnen eine andere Kausalitätsprüfung an und verteilen die Beweislast auf spezielle Art. Der Schaden muss durch das Tier bzw. den Arbeitnehmer verursacht worden sein. Die «reale» Kausalkette knüpft nicht an das Verhalten der haftpflichtigen Person, sondern an diejenige des Tieres bzw. des Arbeitnehmers an. Wenn die Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind, kann sich der Tierhalter bzw. Arbeitgeber entlasten, indem er beweist, dass es ebenfalls zum Schadensereignis gekommen wäre, wenn *er* den Soll-Standard eingehalten hätte.

Schlussendlich gehen die Gerichte in der Praxis meist gar nicht so vor, wie es die Ausführungen der h.L. suggerieren.[214] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird häufig sehr wohl das *pflichtwidrige Verhalten* weggedacht.[215] Denkt man nämlich den pflichtwidrigen Teil weg, wird beim kontrafaktischen Vergleich das pflichtgemässe Verhalten in vielen Fällen gleichzeitig hinzugedacht. Dies liegt daran, dass das pflichtgemässe Verhalten meist darin besteht, die Handlung zu unterlassen.[216] Damit wird der conditio-Test verdeckt eben doch wie hier propagiert durchgeführt.[217] Der Einwand des

213 Siehe dazu im Detail hinten S. 119 f. zur Beweislast.

214 Vgl. die häufige Formulierung des Bundesgerichts, wonach die geschädigte Person *«den – für die widerrechtliche Schädigung kausalen – Mangel an objektiv gebotener Sorgfalt»* zu beweisen hat, BGE 146 III 14 E. 5.1 S. 19; BGE 137 III 539 E. 5.2 S. 544. Zur Geschwindigkeitsüberschreitung bei einem Autounfall: BGE 89 II 56 E. 1 S. 59. Ebenso Urteil HG 140160 des HGers ZH vom 17. März 2016, E. 3.1a S. 14 f.: *«Der natürliche Kausalzusammenhang ist zu bejahen, wenn das (vorgeworfene) Fehlverhalten nicht wegzudenken ist, ohne dass der Eintritt des Unfalls […] entfiele.»* Zur strafrechtlichen Kausalität: BGE 105 IV 18 E. 3 S. 19 f.; BGE 118 IV 130 E. 6 S. 140 ff. Ebenso HANAU, S. 16 ff. zum deutschen Recht.

215 Urteil 4A_61/2009 des BGers vom 26. März 2009, E. 5.2; Vgl. Urteil 4A_603/2014 des BGers vom 11. November 2015, E. 6.2: *«Die natürliche Kausalität ist allerdings nicht für jegliche Ursachen zu prüfen, die nicht weggedacht werden können, ohne dass der «Erfolg» entfiele, sondern nur für diejenigen, die gemäss Gesetz überhaupt als Haftungsgrundlage in Betracht fallen»*; Urteil 4D_67/2014 des BGers vom 26. Januar 2015, E. 2.1 und 2.4.1 f.

216 Vgl. HART/HONORÉ, S. 412.

217 A.A. SUMMERMATTER, S. 90, der zwar die Sorgfaltswidrigkeit in *«die kausale Erklärung aufnehmen will»*, darin aber dennoch einen Unterschied zum hier vertretenen Ansatz erkennen will.

rechtmässigen Alternativverhaltens wird in diesen Fällen stillschweigend als Teilfrage der natürlichen Kausalität geprüft.[218] Offensichtlich ist das bei jenen Sachverhalten, in denen sich die geschädigte Person sowohl auf einen vertraglichen wie auch auf einen ausservertraglichen Anspruch stützen kann (z.B. bei der Ärztehaftpflicht). In diesem Fall wird für die Kausalitätsprüfung einheitlich auf die Sorgfaltspflichtverletzung abgestellt.[219]

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass die jeweilige Gesetzesbestimmung vorgibt, wie der conditio-Test durchzuführen ist. Stellt das Gesetz auf eine Ist-Soll-Diskrepanz bei der Haftungsursache ab, wie es insbesondere bei Art. 41 OR der Fall ist, muss das Gericht bei der Kausalitätsprüfung das gesetzlich verpönte Verhalten weg- und das rechtlich geforderte Verhalten hinzudenken. Deutlich zeigt sich das in den Fällen des Anscheinsbeweises. Die Gerichte haben zu prüfen, ob die Geschwindigkeitsüberschreitung, der Werkmangel oder die verspätete Diagnose kausal waren für das Schadensereignis.

### 2.2 Auswahl des Ergebnisses und kontrafaktisches Gegenteil

Ähnliche Probleme wie bei der Bedingung ergeben sich auch beim «Erfolg». Vor allem in der älteren Lehre war strittig, ob beim Ergebnis eine «konkrete» oder «abstrakte» Betrachtungsweise vorherrschen soll. Der Streit dreht sich um die Frage, wie der Erfolg sowie das Alternativergebnis beschrieben werden müssen. ENGISCH führt dazu folgendes illustratives Beispiel an: Eine Frau fällt in der Dunkelheit in einen offenen Schacht. Der mit Arbeiten am Schacht betraute Arbeiter hat vergessen, diesen wieder abzudecken. Ist-Zustand (offener Schacht) und Soll-Standard (abgedeckter Schacht) sind einfach zu bestimmen. Beim hypothetischen Ergebnis könnte (abstrakt) gefragt werden, ob die Frau auch gestorben wäre, wenn der Schacht abgedeckt gewesen wäre. Diese Frage müsste man mit «ja» beantworten, weil alle Menschen sterblich sind. Fragt man (konkret), ob die Frau im selben Augenblick gestorben wäre, muss man wohl mit «nein» antworten.[220]

---

218 REICHART, S. 153; vgl. BGE 131 III 115, E. 3.1; Urteil 4A_372/2019 des BGers vom 19. November 2019, E. 2.1; Urteil 4A_87/2019 des BGers vom 2. September 2019, E. 4.2; Urteil 4D_67/2014 des BGers vom 26. Januar 2015, E. 2.1, 2.4; Urteil 4A_61/2009 des BGers vom 26. März 2009, E. 5.2; Urteil 4C.53/2003 des BGers vom 25. Juni 2003, E. 6.

219 Siehe BGE 108 II 59 E. 3 S. 63: «[…] *[I]l doit démontrer que l'erreur même de diagnostic ou de traitement, et non pas seulement l'acte médical dans son ensemble, est la condition «sine qua non» de son préjudice*.»

220 ENGISCH, Kausalität, S. 8 f.

Will man den conditio-Test sinnvoll durchführen, muss man auf die konkrete Betrachtungsweise abstellen.[221] Es ist dabei jede Abweichung vom eingetretenen Ereignis relevant. So muss bei einer ärztlichen Fehlbehandlung nicht gefragt werden, ob die Behandlung erfolgreich gewesen wäre, sondern ob die gesundheitlichen Einschränkungen geringer ausgefallen wären.[222] Dieses Beispiel ist einleuchtend. In anderen Fällen ist es aber weniger klar, wie konkret das eingetretene und das hypothetische Ereignis beschrieben werden müssen. Typische Schwierigkeiten zeigen sich bei den sog. «Reserveursachen».[223] Es handelt sich um Fälle folgender Art: Ein Einbrecher zerstört beim Eindringen eine Fensterscheibe. Ein paar Stunden später wird das Haus durch ein Erdbeben vollständig zerstört. Solche Fälle sind eher Lehrbuchbeispiele.[224] Aus praktischer Sicht ist vor allem die sog. konstitutionelle Prädisposition relevant, d.h., wenn ein krankhafter Vorzustand (allenfalls) zu denselben körperlichen Einschränkungen wie das Schadensereignis geführt hätte.[225] Diese kontroversen Fragen werden im Haftpflichtrecht bei der Schadensberechnung und -bemessung[226] und nicht bei der Kausalitätsprüfung entschieden.[227] Das liegt daran, dass das Gericht letztlich nicht das eingetretene Ereignis mit einem Alternativereignis, sondern den tatsächlichen und den hypothetischen Vermögensstand vergleicht. Beim Anscheinsbeweis ergeben sich dabei keine Besonderheiten, weshalb auf eine nähere Analyse verzichtet werden kann.

### 2.3 Relevante Tatfragen: Reale und hypothetische Kausalkette

Unabhängig vom dogmatischen Verständnis dürfte Einigkeit herrschen, dass im Ergebnis immer beide Kausalketten relevant sind. Ob diese – wie hier vertreten – Teil der natürlichen Kausalität sind oder die hypothetische Kausalkette bei einer anderen Haftungsvoraussetzung geprüft wird, ist letztlich

221 SUMMERMATTER, S. 117 FN 657.

222 Urteil 4A_605/2019 des BGers vom 27. Mai 2020, E. 3 und 4 zur Behandlung eines Schlaganfalls.

223 Der Begriff wird teilweise auch breiter verstanden, siehe SUMMERMATTER, S. 258 ff., wonach z.B. auch die hypothetische Kausalität, also der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens, darunter fällt.

224 Siehe immerhin den englischen Fall *Baker v. Willoughby* [1970] A.C. 467. Der Geschädigte erlitt bei einem Verkehrsunfall erhebliche Beinverletzungen. Vor dem Haftpflichtprozess schoss ihm ein Einbrecher ins verletzte Bein, das in der Folge amputiert werden musste.

225 Vgl. REY/WILDHABER, N 715 ff.

226 DIESELBEN, N 728; vgl. dazu BGE 115 II 440 E. 4 S. 442 ff. m.w.H.

227 HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 61; GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 98; SCHULIN, S. 94 f.

ein dogmatischer Streit (abgesehen von der Verteilung der Beweislast, siehe dazu im Detail hinten S. 118 ff.). Praktisch relevant ist hingegen, ob es sich überhaupt bei beiden Kausalketten um Tatfragen handelt. Bei der realen Kausalkette – dem Zusammenhang zwischen dem Ist-Zustand[228] und dem Ist-Ergebnis – ist die Frage klar zu bejahen. Das «tatsächliche Verhalten» der präsumtiv haftpflichtigen Partei und der Erfolg haben sich schliesslich verwirklicht, damit ist auch der Kausalzusammenhang etwas «Tatsächliches», auch wenn er sich nicht unmittelbar beobachten lässt.[229]

Unsicherheit besteht jedoch darin, wie die hypothetische Kausalkette (zwischen Soll-Standard und Alternativergebnis) zu qualifizieren ist. Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass hypothetische Geschehensabläufe keine Tatsachen oder zumindest nicht beweisbar seien.[230] Diese Ansicht basiert auf der Überlegung, dass es sich bei einer Tatsache um etwas körperlich Wahrnehmbares handeln muss. Weder wurde der Soll-Standard eingehalten noch hat sich das Alternativergebnis im konkreten Fall tatsächlich ereignet. Die hypothetische Kausalkette ist eine reine Mutmassung. Das Bundesgericht qualifiziert hypothetische Kausalverläufe hingegen als Tatfragen.[231]

Diese Ansicht des Bundesgerichts ist überzeugend.[232] Klar ist zwar, dass sich im zu beurteilenden Fall nur die reale Kausalkette manifestiert hat. Dennoch bezieht sich die hypothetische Kausalkette auch auf die Sachverhaltsebene. Es wird nicht wie bei Rechtsfragen ein normativer Entscheid getroffen. Das Gericht sagt nicht, wie es sein soll, sondern wie es gewesen wäre. Will das Gericht die hypothetische Kausalkette feststellen, so wird es sich Vergleichsfälle vor Augen halten, bei denen der Soll-Standard gewahrt worden ist, und sich vorstellen, was das Alternativergebnis gewesen wäre. Das Bundesgericht weist zudem auf die Bedeutung *«konkreter Anhaltspunkte»*

228 Zu den Schwierigkeiten der h.L., diesen Ist-Zustand in einem konkreten Fall zu definieren, siehe vorne S. 41 f.

229 FREI, N 508; REY/WILDHABER, N 706; zum deutschen Recht: HANAU, S. 23 m.w.H.

230 FREY, N 84; WALTER, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 94; GRONER, S. 2; a.A. BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Art. 150 N 1.; KUMMER, Berner Kommentar 1962, Art. 8 ZGB N 90.

231 BGE 132 III 715 E. 2.3 f. S. 718 f.; Urteil 4A_260/2014 des BGers vom 8. September 2014, E. 2.2, wobei es sich vorbehält, diejenigen hypothetischen Kausalverläufe frei zu überprüfen, welche die Vorinstanz lediglich gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung festgestellt hat, siehe Urteil 4A_65/2019 des BGers vom 18. Februar 2020, E. 4.3.

232 HART/HONORÉ, S. 407; HONORÉ, S. 106; a.A. wohl: SUMMERMATTER, S. 95, der davon ausgeht, dass der reale Verlauf, welcher eine tatsächliche Feststellung sei, und der hypothetische Verlauf *«zwei verschiedene Paar Schuhe»* sind.

hin, um die hypothetische Kausalkette zu prüfen. Z.B. können Parteiaussagen konkrete Hinweise liefern, wie sich die geschädigte Person anders verhalten hätte, wenn die schädigende Person sich rechtskonform verhalten hätte (z.B. bei fehlerhafter Beratung).[233] Hypothetische Kausalverläufe sind überzeugender Ansicht nach Tatfragen.

Diese Erkenntnisse zur Kausalitätsprüfung – dem kontrafaktischen Vergleich des realen und hypothetischen Kausalverlaufs – sind nicht nur theoretischer Natur, sondern erlauben es, den typischen Geschehensablauf besser zu beschreiben. Im Ausgangspunkt wurde der Geschehensablauf als Aussage zur «realen» Kausalkette beschrieben (z.B. schlecht beleuchtete Treppen führen zu Stürzen). Diese Annahme muss angepasst werden. Wenn mit dem typischen Geschehensablauf die natürliche Kausalität bewiesen werden soll, muss dieser auch eine Aussage zur hypothetischen Kausalkette machen. Die Aussage muss den Schluss zulassen, dass der Ist-Zustand zum Schadensereignis geführt hat, während der Soll-Standard zu einem Alternativergebnis geführt hätte.

### 3. Bedeutung des ausserrechtlichen Kausalitätsverständnisses

Aus dem conditio-Test und der rechtlichen Norm ergibt sich somit, zwischen welcher Gegebenheit (nach vorliegendem Verständnis der «Ist-Soll-Diskrepanz») und welchem Ereignis (dem Schadensereignis) ein Kausalzusammenhang vorliegen muss. Diese Tatfrage ist zu beweisen. Der conditio-Test hilft bei diesem Beweis jedoch nicht. Die Lehre bringt dies in der Formulierung zum Ausdruck, dass der conditio-Test nicht erklärt, was Kausalität ist, sondern diese voraussetzt.[234] Wenn das Gericht nicht weiss, dass die geschädigte Person wegen eines Herbizids an Krebs erkrankte, hat es keine Antwort auf die Frage, was passiert wäre, wenn die Person keinen Kontakt mit dem Herbizid gehabt hätte.[235] Bei der Prüfung dieses *realen Kausalverlaufs* muss auf ein *«ausserrechtliches Kausalitätsverständnis»* zurückgegriffen werden, damit diese Kausalkette bewiesen und anschliessend der kontrafaktische Vergleich mit der hypothetischen Kausalkette vorgenommen werden kann.

233 BGE 132 III 715 E. 2.4 S. 718. Siehe dazu auch S. 171 f. hinten.

234 ROMERIO, S. 15 FN 30; HERBERGER/SIMON, S. 362 f.; EHLGEN, S. 21 f.; WEBER, 88 f. FN 118 m.w.H.; SUMMERMATTER, S. 51 wertet das als Nachteil der kontrafaktischen Konzeption des conditio-Tests.

235 ROMERIO, S. 15 Anders ausgedrückt lässt sich mit dem conditio-Test nicht erkennen, ob der Erfolg ausgeblieben wäre, wenn die Ursache wegfällt, siehe RÖCKRATH, S. 56; GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 94.

Die meisten juristischen Werke äussern sich nicht oder nur sehr oberflächlich zu diesem Kausalitätsbegriff.[236] Die empirische Kausalfrage ist zwar unbestrittenermassen wichtig, kann nach Ansicht der Rechtswissenschaft aber derjenigen Wissenschaft überlassen werden, in deren Gebiet die Kausalfrage fällt.[237] Die Rechtsprechung verweist deshalb für den Kausalitätsbeweis pauschal auf den *«naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff»*.[238] Die wenigen Autoren, die sich damit auseinandersetzen, was die Kausalität ausmacht, stellen auf die «philosophische» Theorie der *«kausalen Erklärung»* ab.[239] Grob zusammengefasst besagt diese Theorie, dass jedes Ereignis aus zeitlich davorliegenden Bedingungen (sog. antecedens-Bedingungen) und deterministischen Gesetzen entsteht.[240] Jedes Ereignis kann daher mit vorherigen Zuständen (kausal) erklärt werden.[241]

Wenig überraschend, sind aus praktischer Sicht keine derartigen Kenntnisse notwendig, um entscheiden zu können, ob ein Kausalverlauf vorliegt.[242] Darin liegt auch der Grund, weshalb sich Rechtsprechung und Lehre kaum mit dem ausserrechtlichen Kausalitätsbegriff auseinandersetzen. In einem gerichtlichen Verfahren reicht es aus, die Kausalität als eine Reihe von Zuständen zu interpretieren, die zum (Schadens-)Ereignis geführt haben.[243] Die «deterministischen Gesetze», mit denen – gemäss der Theorie der kausalen Erklärung – von der Gesamtheit der bestehenden Bedingungen auf die nächsten Zustände geschlossen wird, können in der gerichtlichen Praxis durch Erfahrungssätze des praktischen Lebens ersetzt werden.[244] Die Kausalitätsfrage ist damit schlussendlich ein *«common sense»*-Urteil, wie die frag-

236 Z.B. SAMUELSSON, S. 4; FELLMANN/KOTTMANN, N 402, wonach der Ursachenbegriff *«jedes Ereignis als kausales Ergebnis einer Kette vorausgehender Ereignisse»* meint.

237 KORIATH, S. 21; ähnlich SAMUELSSON, S. 4.

238 BGE 142 III 433 E. 4.5 S. 439; BGE 123 III 110 E. 3a S. 112. Gleichzeitig betont das Bundesgericht, dass der Kausalzusammenhang nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit bewiesen werden muss, vgl. BGE 107 II 269 E. 1b S. 273.

239 BREM, S. 312 f.; MUMMENHOFF, S. 12 ff.; HERBERGER/SIMON, S. 354 ff.; EHLGEN, S. 22 ff.

240 QUENTIN, S. 61 ff.; SUMMERMATTER, S. 533; HERBERGER/SIMON, S. 355 ff.

241 SCHULIN, S. 76 f.

242 Vgl. BREM, S. 320 f. Eine kausale Erklärung im Sinne des deduktiv-nomologischen Modells wäre auch gar nicht praxistauglich, vgl. EHLGEN, S. 26 ff.

243 Im Ergebnis ähnlich geht GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 95 davon aus, dass es bei der Kausalität darum geht, den Sachverhalt *«historisch-pragmatisch in Bezug auf rechtliche Pflichten mittels akzeptierbarer Argumente»* zu erklären.

244 Dies anerkennen auch Vertreter der «kausalen Erklärung». In einem praktischen Fall sind nie alle Bedingungen und Gesetze bekannt. Deshalb genügen in der Praxis auch sog. *«unvollkommene Erklärungen»*, siehe dazu SCHULIN, S. 58 f.; BREM, S. 315.

lichen Zustände zusammenhängen.[245] Dem Gericht helfen dabei vor allem gemachte Erfahrungen. Bei Kausalverläufen lassen sich nämlich gewisse Elemente beobachten: räumliches und zeitliches Zusammentreffen von Ursache und Wirkung (sog. Kontiguität), zeitliche Priorität der Ursache und die stete Wiederholung dieses Vorgangs (sog. «constant conjunction»).[246] Aus diesen Beobachtungen kann beispielsweise geschlossen werden, dass Glatteis auf der Strasse in vielen Fällen kausal ist für einen Sturz. Diese Schlussfolgerung stimmt mit den «Beobachtungen» zum Zusammentreffen, zur Priorität und Wiederholung von «Glatteis und Stürzen» überein. Solche common sense-Schlussfolgerungen sind typisch bei «Alltagsgeschehen», wie sie dem Anscheinsbeweis zugrunde liegen. Diese Geschehen sind für wissenschaftliche Untersuchungen nur begrenzt zugänglich, weil es sich um Einzelereignisse handelt.[247] Es ist nicht möglich, «wissenschaftlich» zu untersuchen, ob eine Person tatsächlich wegen des Glatteises oder der schlechten Treppenbeleuchtung gestürzt ist.[248] Die Lehre bezieht das beschriebene «ausserrechtliche Kausalitätsverständnis» auf den Beweis der «realen Kausalkette». Für den Beweis der hypothetischen Kausalkette gilt die beschriebene intuitive Vorgehensweise jedoch erst recht. Um den conditio-Test durchzuführen, muss der hypothetische Kausalverlauf «erdacht» werden. Überlegungen, wie es sich verhalten hätte, wenn die haftpflichtige Person den Soll-Standard gewahrt hätte, sind zwangsläufig common-sense Urteile.[249]

## II. Haftungsanknüpfung: Tatsachen bei der Ist-Soll-Diskrepanz

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass viele Haftungsbestimmungen bei der Kausalitätsprüfung an eine Abweichung vom rechtlich gebotenen

245 GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 96; BROADBENT, S. 180; ROMERIO, S. 36 weist daraufhin, dass solche Überlegungen zwar bei alltäglichen Vorgängen wie Verkehrsunfällen angebracht sind, nicht aber bei Zusammenhängen auf der Mikroebene, z.B. beim Zusammenhang von toxischen Substanzen und Krankheiten.

246 Diese Überlegungen gehen auf HUME, S. 11 f. zurück.

247 Es geht um die *«Makroebene»* (z.B. ob die Geschwindigkeitsüberschreitung zum Unfall geführt hat) und nicht um die *«Mikroebene»* (z.B. die Vorgänge auf molekularer Ebene), vgl. SCHULIN, S. 54.

248 ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 153.

249 Diese Überlegung kann auch sehr einfach sein. Kann z.B. festgestellt werden, dass das Herbizid den Krebs verursacht hat, ist der hypothetische Kausalverlauf offensichtlich, wenn die geschädigte Person mit dem Herbizid nicht in Kontakt gekommen wäre, wenn die haftpflichtige Person den Soll-Standard eingehalten hätte.

Standard anknüpfen. Die vorne auf S. 9 ff. erläuterten Entscheide legen nahe, dass die zweite Fallgruppe des Anscheinsbeweises dazu dient, auf ein Abweichen vom Soll-Standard (z.B. einen Werkmangel, einen Produktefehler oder eine Sorgfaltspflichtverletzung) zu schliessen. Zu untersuchen ist deshalb, was bei diesen Tatbestandsmerkmalen bewiesen werden muss und ob mit dem Anscheinsbeweis tatsächlich die Ist-Soll-Diskrepanz *«bewiesen»* wird.[250] In der älteren Lehre in Deutschland wird nämlich vertreten, dass ein solcher Schluss gar keine *Tatsachenfeststellung*, sondern *Rechtsanwendung* ist.[251]

## 1. Gemischte Tat- und Rechtsfragen beim Soll-Standard

Was bei diesen Tatbestandsmerkmalen genau bewiesen werden muss, ist eine schwierige Frage. Wie vorne auf S. 27 dargelegt, wird in Lehre und Rechtsprechung zwar häufig gesagt, dass die Fahrlässigkeit oder ein Mangel bewiesen wird. Allerdings handelt es sich bei diesen Rechtsbegriffen nicht um deskriptive Tatbestandsmerkmale. Die Begriffe werden zwar auch in der Alltagssprache verwendet (z.B. Mangel, Fahrlässigkeit). Damit ist jedoch nicht zwingend dasselbe gemeint. Tatbestandsmerkmal und Alltagsbegriff sind demzufolge nicht identisch. Der «Mangel» oder die «Fahrlässigkeit» sind keine unmittelbar rechtserheblichen Tatsachen. Die Tatbestandsmerkmale sind dann erfüllt, wenn das konkrete Verhalten der haftpflichtigen Person oder der Zustand des Werks oder Produkts nicht dem Standard entspricht, den das Gesetz verlangt. Man kann deshalb von einem *«Ist-Soll-Tatbestandsmerkmal»* sprechen. Bei der Beurteilung, ob das Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, stellen sich *«gemischte Tat- und Rechtsfragen»*.[252] Was das genau bedeutet, kann am besten anhand von konkreten Beispielen erläutert werden.

Illustrativ zeigt sich das Zusammenspiel von Rechts- und Tatfragen bei der Haftung für medizinische Behandlungen. Vertraglich geschuldet ist eine sorgfältige Behandlung (vgl. Art. 398 OR). Die Rechtsprechung geht davon

250 So die neuere deutsche Lehre zum sog. «Fahrlässigkeits-Anscheinsbeweis», siehe exemplarisch: PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 286 N 61; ebenso zum amerikanischen Recht: PROSSER/KEETON, S. 242 ff.

251 WASSERMEYER, S. 16 spricht von einem *«Rechtsbeweis»*; vgl. auch MAASSEN, S. 57 f.

252 Im schweizerischen Recht wird der «Baumangel» im Werkvertragsrecht als typische gemischte Tat- und Rechtsfrage genannt, siehe statt vieler: HASENBÖHLER, Beweisrecht Band 2, N 7.8. Gemäss WALTER, Leistungsstörungen, S. 91 könnte der Anscheinsbeweis auch für den Schluss auf den Werkmangel i.S.v. Art. 367 OR zur Anwendung gelangen (z.B. wenn die Sache zerstört wurde). Wie sogleich gezeigt wird, handelt es sich bei den in der vorliegenden Arbeit behandelten Tatbestandsmerkmalen ebenfalls um solche gemischten Tat- und Rechtsfragen. Vgl. zum angloamerikanischen Recht: GIARD, Facts, S. 43; ABRAHAM, Negligence, S. 1190 ff.

aus, dass die Behandlung in einer Qualität erbracht werden muss, wie sie von einer in der entsprechenden Berufsgattung tätigen Vergleichsperson erbracht würde. Die Behandlung hat deshalb den anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst und dem allgemeinen fachlichen Wissensstand zu entsprechen.[253] Die Auswahl dieses Referenzverhaltens ist eine Rechtsfrage. Was die Regeln der ärztlichen Kunst konkret beinhalten, ist hingegen eine Tatfrage.[254] Beispielsweise handelt es sich um eine Tatsachenfeststellung, wie eine Injektion «lehrbuchgemäss» vorgenommen werden muss.

Ähnlich verhält es sich bei der Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR sowie der Produktehaftung nach PrHG.[255] Es geht ebenfalls um den Vergleich zwischen dem tatsächlichen Zustand des Werks bzw. Produkts und demjenigen, den es haben sollte. Ein Werk im Sinne von Art. 58 OR entspricht dann dem Soll-Standard, wenn es *die für den bestimmungsgemässen Gebrauch erforderliche Sicherheit bietet*.[256] Um den erforderlichen Sicherheitsstandard festzustellen, orientieren sich die Gerichte in der Regel an Branchenempfehlungen oder Richtlinien.[257] Diese stellen eine Art «best practice» dar, wie Unfälle in der Praxis verhindert werden können. Die Gerichte nehmen folglich an, dass das Werk genügend sicher ist, wenn solche Vorschriften eingehalten werden. Bei diesen Richtlinien handelt es sich um Tatsachen.[258]

Ein Produktefehler liegt vor, wenn das Produkt *«nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist»* (Art. 4 Abs. 1 PrHG). Um diesen Soll-Standard zu bestimmen, nennt das Gesetz selbst einige Hilfskriterien wie (1) die Art und Weise, wie das Produkt

253 BGE 133 III 121 E. 3.1 S. 124; BGE 120 Ib 411 E. 4a S. 413; CICORIA, S. 7.

254 Vgl. LANDOLT/HERZOG-ZWITTER, N 777; SUMMERMATTER, S. 396; Urteil 4A_22/2008 des BGers vom 10. April 2008, E. 5; BGE 133 III 121 E. 3.1 S. 124: *«Savoir si le médecin a violé son devoir de diligence est une question de droit; dire s'il existe une règle professionnelle communément admise, quel était l'état du patient et comment l'acte médical s'est déroulé relève du fait»;* ähnlich zum deutschen Recht: HENKE, S. 160 f.

255 Die Lehre spricht beim Produktefehler undifferenziert von einem unbestimmten Rechtsbegriff: FELLMANN, BSK OR I, Art. 4 PrHG N 2 m.w.H.

256 Statt vieler: BGE 130 III 736 E. 1.3 S. 741 m.w.H. Ausnahmsweise muss das Werk auch bei einer nicht bestimmungsgemässen Nutzungsweise die erforderliche Sicherheit bieten, wenn der Werkeigentümer mit dieser Nutzung rechnen musste. Umgekehrt ist das Werk dann nicht mangelhaft, wenn der eigentlich erforderliche Sicherheitszustand für den Eigentümer aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht erreicht werden kann (z.B. das Gemeinwesen bei der Schneeräumung von Strassen).

257 BGE 126 III 113 E. 2b S. 116; vgl. exemplarisch BGE 131 III 115 E. 2.3 S. 117 f. zu den Anforderungen an eine Umzäunung oder BGE 121 III 358 E. 4 S. 360 ff.; BGE 130 III 193 E. 2.3 f. S. 197 ff. zur Sicherung von Skipisten.

258 A.A. KUHLEN, S. 339, wonach sich die Qualifikation nach der Regel richtet, welche die Richtlinie konkretisiert.

dem Publikum präsentiert wird, (2) den Gebrauch, mit dem vernünftigerweise gerechnet werden kann, sowie (3) den Zeitpunkt, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde (Art. 4 Abs. 1 lit. a–c PrHG). Diese Hilfskriterien stellen damit – zumindest bei der Präsentation und dem Zeitpunkt – auf konkrete Tatsachenfeststellungen ab. Relevant für das Hilfskriterium «Präsentation» ist z.B., wie das Produkt gestaltet und beschrieben ist oder was in der Gebrauchsanleitung steht.[259] Wie bei Werkmängeln müssen unter Umständen technische Normen ermittelt werden. Diese prägen ebenfalls die Sicherheitserwartungen.[260]

Die Fahrlässigkeit (im Rahmen des Verschuldens) wird im schweizerischen Recht nach denselben Grundsätzen festgelegt wie beim auftragsrechtlichen Sorgfaltsstandard. Eine Person haftet nach Art. 41 OR oder Art. 97 OR nur dann, wenn sie ein Verschulden trifft, d.h., wenn sie fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat. Ein Verhalten ist dann fahrlässig, wenn der haftpflichtigen Person eine Unsorgfalt vorgeworfen werden kann. Das Gericht muss in diesem Fall ein sorgfältiges Referenzverhalten festlegen. Rechtlicher Massstab ist ein vernünftiger Durchschnittsmensch, welcher derselben «Kategorie»[261] wie die schädigende Person angehört. Es gilt demnach ein objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff.[262]

Im Prinzip könnte man annehmen, dass mit dem durchschnittlichen Verhalten eine Tatfrage beantwortet wird.[263] Allerdings ist schlicht nicht beweisbar, wie sich ein fiktiver Durchschnittsmensch verhalten hätte.[264] Das Gericht macht keine Umfragen oder Experimente, um dieses durchschnittliche Verhalten festzulegen (vgl. S. 18 f.). Stattdessen greift das Gericht auf Hilfskriterien zurück. In der Praxis stehen wiederum Richtlinien und Handlungsempfehlungen im Vordergrund. Gibt es für das zu beurteilende Verhalten keine Richtlinien, muss das Gericht eigene Überlegungen anstellen, wie sich der vernünftige Durchschnittsmensch verhalten hätte. Mithilfe der

259 FELLMANN, Fehlerbegriff, S. 59; BÜHLER, Roland, S. 1437.

260 Hält der Hersteller diese Normen nicht ein, sind die Erwartungen in der Regel nicht erfüllt, siehe FELLMANN, Fehlerbegriff, S. 74 ff.; BÜHLER, Roland, S. 1438.

261 Z.B.: Alter, Beruf oder Erfahrung.

262 REY/WILDHABER, N 1003 ff.

263 So RÜSSMANN, Normtatsachen, S. 364. Im amerikanischen Recht wird die Beurteilung der «negligence» generell als Tatfrage klassifiziert, weshalb die Jury zuständig ist. Eine Ausnahme gilt dann, wenn die Sorgfaltspflichtverletzung in einem Verstoss gegen ein Gesetz besteht oder wenn für den konkreten Fall eine etablierte Gerichtspraxis existiert; vgl. ALLEN/PARDO, Law-Fact Distinction, S. 1781 ff.; WEINER, S. 1876 f.

264 Vgl. DESCHENAUX, S. 22 der (betreffend zukünftige Tatsachen) betont, dass es sich nur dann um eine Tatsache handeln kann, wenn sie verifizierbar ist.

Lebenserfahrung[265] bestimmt es anhand von verschiedenen Kriterien den geforderten Verhaltensstandard. Das Gericht stellt beispielsweise auf die Voraussehbarkeit[266] (musste man mit einem solchen Schadensereignis rechnen?) oder den Gefahrensatz[267] ab (eine durchschnittlich sorgfältige Person trifft Massnahmen, um den Schadenseintritt zu verhindern, wenn sie einen gefährlichen Zustand schafft). Als weiteres Beispiel kann das Übernahmeverschulden[268] (eine durchschnittlich sorgfältige Person übernimmt nicht Aufgaben, für die sie nicht qualifiziert ist) genannt werden.

Bei all den dargelegten Tatbestandsmerkmalen legt das Gericht einen abstrakten Soll-Standard fest, so z.B. das Verhalten einer «Vergleichsperson» oder die für die bestimmungsgemässe Nutzung erforderliche Sicherheit beim Werkmangel. Dieser Standard wird mit den genannten Hilfskriterien konkretisiert. Die Hilfskriterien (z.B. Regeln der ärztlichen Kunst, Branchenempfehlungen) bilden – weil es sich um Tatsachen handelt – beim Soll-Standard den Beweisgegenstand.[269]

In der Praxis unterscheiden die Gerichte allerdings nicht derart differenziert und qualifizieren die Festlegung des Soll-Standards *gesamthaft als Rechtsfrage*.[270] Das liegt daran, dass den Gerichten viele der Hilfskriterien bekannt sind. Es kann diese somit ohne Weiteres bei der Beurteilung des Soll-Standards berücksichtigen. Solche Tatsachen müssen von den Parteien ausnahmsweise nicht behauptet und bewiesen werden (vgl. Art. 151 ZPO, siehe dazu im Detail hinten S. 172 ff.). Richtig ist zwar, dass das Gericht nicht verpflichtet ist, den Soll-Standard entsprechend dem Hilfskriterium (z.B. der Richtlinie) festzusetzen.[271] Der konkrete Soll-Standard wird nicht «bewiesen», sondern im Rahmen der Rechtsanwendung festgelegt. Die Relevanz von (zu beweisenden) Tatsachen zur Bestimmung des Soll-Standards zeigt sich aber exemplarisch bei technischen Sachverhalten, über die das Gericht keine Kenntnisse hat. Beispielsweise kann das Gericht nicht wissen, was die nach der ärztlichen Kunst richtige Behandlungsmethode ist. Diese Tatsache muss bewiesen werden, damit das Gericht den Soll-Standard genau festlegen kann.

265 VON DÄNIKEN, S. 36.

266 Urteil 4A_68/2017 sowie 4A_70/2017 des BGers vom 14. Juli 2017, E. 2.1.

267 BGE 126 III 113 E. 2a S. 115; REY/WILDHABER, N 1025 ff.

268 Statt vieler: HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 6 N 17.

269 Vgl. VON DÄNIKEN, S. 35 FN 12; zum deutschen Recht: MAASSEN, S. 58.

270 Vgl. BGE 133 III 121 E. 3.1 S. 124; VON DÄNIKEN, S. 35.

271 Beispielsweise werden die Anforderungen, die sich aus den Hilfskriterien ergeben, von den Gerichten bei Werkmängeln herabgesetzt, wenn die Sicherheitsmassnahmen wirtschaftlich oder technisch nicht zumutbar sind, vgl. BGE 130 III 736 E. 1.3 S. 742.

## 2. Beweis der Abweichung vom Soll-Standard

Beim konkreten Handeln der haftpflichtigen Person respektive den Eigenschaften des Werks oder des Produkts ist die Sachlage einfacher. Es handelt sich um Tatsachen. Wenn Lehre und Rechtsprechung vom «Beweis» der Fahrlässigkeit oder des Mangels sprechen, dürfte regelmässig der Beweis dieses Ist-Zustands gemeint sein. Um diesen Beweis führen zu können, muss die geschädigte Partei den Ist-Zustand zuerst behaupten. Darin muss zum Ausdruck kommen, inwiefern dieser vom Soll-Standard abweicht.[272] Die geschädigte Partei muss dafür eine eigene Vorstellung vom potenziellen Soll-Standard haben und wissen, auf welche Art und Weise die haftpflichtige Partei davon abgewichen ist. In vielen Fällen – wie auch in der ersten Fallgruppe des Anscheinsbeweises – bereitet dies keine Schwierigkeiten. Die geschädigte Partei kann in diesen Fällen den Vorwurf genügend detailliert beschreiben (z.B. der haftpflichtige Lenker ist zu schnell gefahren, die Treppe war schlecht beleuchtet oder das Trottoir vereist).[273] Bei der zweiten Fallgruppe des Anscheinsbeweises mangelt es der geschädigten Partei jedoch an Hinweisen, was der schädigenden Partei konkret vorgeworfen werden kann. Es ist unbekannt, wieso das Werk zusammenstürzte, weshalb es zur Infektion oder zur Kostenüberschreitung beim Bauen kam. Die geschädigte Partei kann den Vorwurf nicht konkret behaupten.

## 3. Irgendwie-Verursachung

Damit stellt sich die Frage, was bei der zweiten Fallgruppe des Anscheinsbeweises genau bewiesen wird, wenn auf das Ist-Soll-Tatbestandsmerkmal geschlossen wird. In BGE 63 II 95[274] stürzte der Arbeitnehmer eine fest installierte Leiter herunter, weil eine Sprosse brach. Der äussere Ablauf des Sachverhalts ist zwar klar. Die Sprosse brach, obwohl das Werk bestimmungsgemäss benutzt wurde. Worin die fehlerhafte Beschaffenheit des Werks aber genau lag, konnte der verunfallte Arbeitnehmer nicht wissen. Das Gericht hat sich nicht darauf festgelegt, ob die Leiter nicht richtig konstruiert oder unterhalten wurde – beide Varianten sind möglich. Der Ist-Zustand des

272 Siehe z.B. BGE 133 III 121 E. 3.1 S. 124, wonach der geschädigte Patient beweisen muss, dass die Ärztin die Regeln der ärztlichen Kunst verletzt hat.

273 In anderen Fällen muss die geschädigte Person allenfalls die Beratung einer sachverständigen Person in Anspruch nehmen. So wird die geschädigte Patientin zuerst in Erfahrung bringen müssen, wie die Behandlung *lege artis* vorgenommen wird, um abschätzen zu können, inwiefern die bei ihr vorgenommene Behandlung davon abweicht.

274 Siehe dazu vorne, S. 11 f.

Werks konnte also nicht vollständig geklärt werden. Beim Soll-Standard geht aus dem Urteil nicht klar hervor, welche Anforderungen das Gericht stellt. Es hat jedenfalls nicht auf Richtlinien oder Empfehlungen abgestellt.[275] Die Einordnung dieses gerichtlichen Vorgehens ist schwierig, weshalb Oberhammer das Vorgehen als *«intuitiven Standpunkt»* beschreibt.[276] Das Gericht kam zum Schluss, dass das Werk nicht dem Soll-Standard entsprach, weil dieser ein solches Schadensereignis verhindert hätte. Für das Gericht kommt damit keine Sachverhaltsvariante in Frage, bei der das Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt wäre. Dieses Vorgehen widerspricht eigentlich dem klassischen Modell der Rechtsanwendung. Danach kann rechtlich nur beurteilt werden, was auf Sachverhaltsebene festgestellt wurde.[277]

Im deutschen Recht wird diese Überlegung als typische Eigenschaft des Anscheinsbeweises angesehen und als *«Irgendwie-Feststellung»* bezeichnet. Der Anscheinsbeweis lässt die Feststellung zu, dass ein Erfolg irgendwie verursacht worden ist, ohne dass das Verhalten genau konkretisiert werden muss.[278] Dieser Vorgang sorgt für dogmatische Verwirrung, weil im Ergebnis auf ein Tatbestandsmerkmal (z.B. den Werkmangel) geschlossen wird, ohne dass der Ist-Zustand bewiesen ist. Der Vorgang weist damit Parallelen zur gesetzlichen Vermutung auf.[279] Das Gesetz ordnet in gewissen Fällen an, dass bei gegebener Vermutungsbasis auf ein Rechtsverhältnis oder ein erfülltes Tatbestandsmerkmal geschlossen wird.[280] In der älteren deutschen Lehre wurde deshalb die Ansicht vertreten, dass es sich bei einem solchen Anscheinsbeweis mittels Irgendwie-Feststellung eigentlich um *Rechtsanwendung* handelt.[281]

275 Aus dem Unfall folgt jedenfalls nicht unmittelbar, dass das Werk mangelhaft war, vgl. Urteil 4A_546/2017 des BGers vom 26. Juni 2018, E. 3; BGE 123 III 306 E. 3 b/aa S. 311.

276 Siehe OBERHAMMER, Antizipierte Beweiswürdigung, S. 520, der die Vorgehensweise am ehesten als gesetzliche Vermutung qualifiziert. Sei ein Werk «defekt», werde angenommen, dass ein Mangel vorliege, wobei der Eigentümer die Möglichkeit habe, sich zu entlasten. Allerdings kann Art. 58 OR keine gesetzliche Vermutung entnommen werden.

277 WALTER, Beweis Haftpflichtrecht, S. 47; zum amerikanischen Recht: JAMES, S. 180.

278 THOLE, Stein/Jonas, § 286 N 217; LEPA, Beweiserleichterungen, S. 130; ROMMÉ, S. 122 ff.; PRÜTTING, Beweislast, S. 110; BAUMGÄRTEL/LAUMEN, Kp. 17 N 4.

279 Siehe KUMMER, Berner Kommentar 1962, Art. 8 ZGB N 208, wonach Beweisthema *«nicht ein konkreter Sachumstand, sondern ein abstraktes Tatbestandselement ist»*; vgl. auch PAWLOWSKI, S. 7 ff., die verschiedene ältere Theorien zur dogmatischen Einordnung erläutert.

280 So führt KUMMER, Berner Kommentar 1962, Art. 8 ZGB N 210 aus: *«Nicht auf einen konkreten Sachumstand wird geschlossenen, aus dem sich die rechtliche Folge des Verschuldens ergibt, sondern unmittelbar auf das Verschulden selber.»*

281 WASSERMEYER, S. 16 spricht von einem *«Rechtsbeweis»*. Ähnlich MAASSEN, S. 57 f. der in der Irgendwie-Feststellung keinen beweisrechtlichen Vorgang sieht, sondern *«ein Problem der Konstruktion des materiellen Tatbestands der Fahrlässigkeitstat»*.

Um diese These zu prüfen, ist zu überlegen, wie das Gericht auf die Ist-Soll-Diskrepanz schliesst. In BGer 4A_189/2018 brach das Brett eines Gerüsts unter dem Gewicht der geschädigten Malerin zusammen, nachdem diese von ca. 30 cm auf das Gerüstbrett sprang. Das Gericht stellte (ohne das explizit im Urteil zu sagen) die Überlegung an, dass ein Brett bricht, wenn es zu wenig tragfähig ist oder am Gerüst nicht korrekt befestigt wurde. Die Tragfähigkeit wird durch Beschaffenheit, Alter und Dicke des Holzes bestimmt. Wenn das Brett unter einer gewöhnlichen Belastung durchbricht, war das Holz entweder morsch, zu dünn oder wurde falsch am Gerüst befestigt.[282] Die beim Anscheinsbeweis vorgenommene Schlussfolgerung basiert damit auf *Erfahrungssätzen*.[283] Der Erfahrungssatz macht eine Aussage zum Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schadensereignis und den möglichen Ursachen und sagt in diesem Fall: Das Ereignis hat eine beschränkte Zahl möglicher Ursachen. Nur das Vorliegen einer solchen Gegebenheit kann das Schadensereignis auslösen. Das Gericht kann nicht feststellen, wie sich die Partei konkret verhalten hat oder welchen Zustand das Werk hatte. Aufgrund dieses – vom Erfahrungssatz vermittelten – Wissens muss man jedoch annehmen, dass eine dieser möglichen Ursachen vorlag. Das Gericht stellt Hypothesen zur «realen Kausalkette» auf. Mit dieser Überlegung endet die Erkenntnis, die durch die Erfahrungssätze vermittelt werden. Bei der nächsten Überlegung, ob ein Brett mit solchen Eigenschaften einen Werkmangel darstellt, handelt es sich um eine Rechtsfrage (die allenfalls mit tatsächlichen Hilfskriterien beantwortet wird). Das Gericht macht die «rechtliche» Überlegung, dass alle in Frage kommenden Ursachen nicht dem Soll-Standard entsprechen. Anders ausgedrückt, geht das Gericht davon aus, dass das Werk unterschiedliche Eigenschaften haben kann, die aber alle unter das Tatbestandsmerkmal «Werkmangel» subsumiert werden können.

Diese Überlegungen setzen bei der *realen Kausalkette* an. Im Beispiel der gebrochenen Leitersprosse hat das Bundesgericht angenommen, dass es nicht zum Unfall gekommen wäre, wenn das Werk dem Soll-Standard entsprochen hätte. Erfahrungssätze können demnach ebenfalls das Wissen vermitteln, dass es beim Einhalten gewisser Vorsichtsmassnahmen – welche zugleich dem Soll-Standard entsprechen – nicht zum Schadensereignis gekommen wäre. Diese Schlussfolgerung liegt auch BGE 133 III 81 zugrunde. Eine Kaffeekanne explodiert nicht, wenn sie mit einer heissen Flüssigkeit gefüllt wird, wenn der Hersteller das richtige Material und eine geeignete Kon-

282 Vgl. die ähnliche Überlegung von JAMES, S. 183 ff. zur *negligence* im amerikanischen Recht.

283 Siehe zum Begriff S. 22 f. vorne.

struktion verwendet. Es handelt sich um ein kontrafaktisches Argument, das eine Aussage über die *hypothetische Kausalkette* trifft. Diese Schlussfolgerung lässt sich wie folgt ausdrücken: Das Verhalten der haftpflichtigen Person bzw. der Zustand des Produkts oder Werks ist unbekannt. Es ist aber anzunehmen, dass gewisse Vorsichtsmassnahmen nicht eingehalten worden sind, weil es sonst nicht zum Schadensereignis der vorliegenden Art gekommen wäre.

### 3.1 Beweisgegenstand 1: Kausalzusammenhang

Damit steht fest, dass es sich nicht um «Rechtsanwendung» handelt. Die beigezogenen Erfahrungssätze treffen keine Aussage, worin das «konforme» oder «nichtkonforme» Verhalten besteht, sondern sagen aus, welches Verhalten zu einem Schadensereignis führt und was das Schadensereignis verhindert hätte.[284] Ist ein Gericht mit einem solchen Fall konfrontiert, wird es sich zuerst überlegen, welche Handlung der haftpflichtigen Person den Schaden verursacht haben könnte. Mit den Erfahrungssätzen kann festgestellt werden, dass mehrere Verhaltensweisen als Ursache in Frage kommen oder aber dass kein bestimmtes Verhalten vorlag, weil es sonst nicht zum Schadensereignis gekommen wäre. In den Fällen der «Irgendwie-Feststellung» geht es damit um Hypothesen zur Kausalität. Das Gericht kommt zum Schluss, dass das Schadensereignis nur durch eine von theoretisch mehreren möglichen Ursachen oder durch eine unbekannte Abweichung von gewissen Vorsichtsmassnahmen verursacht worden sein konnte.[285] Es werden Thesen darüber aufgestellt, was das Schadensereignis verursacht hat oder welche (hypothetischen) Gegebenheiten das Schadensereignis verhindert hätten.

Neben der Formulierung von Verursachungshypothesen muss das Gericht den Soll-Standard festlegen, damit es entscheiden kann, ob das haftungsbegründende Tatbestandsmerkmal erfüllt ist.[286] Damit kann geprüft werden, ob die mit den Erfahrungssätzen ermittelten möglichen Ursachen

---

284 Ähnlich ROMMÉ, S. 46.

285 Obwohl in Deutschland vom Fahrlässigkeits-Anscheinsbeweis gesprochen wird, betonen zumindest gewisse Autoren, dass damit ebenfalls die Kausalität bewiesen wird, siehe MAASSEN, S. 58: *«Beweisgegenstand ist […] die Tatsache, dass wenigstens irgendeine von (höchstens endlich vielen) fahrlässigen Verhaltensweisen, die in Frage kommen, den eingetretenen Schaden tatsächlich verursacht hat.»* Im 19. Jahrhundert hat das deutsche Reichsoberhandelsgericht deshalb von der *«Vermutung des kausalen Verschuldens»* gesprochen, siehe PAWLOWSKI, S. 13 mit Nachweisen. HAINMÜLLER, S. 230 geht von einer *«unlöslichen Kombination eines Fahrlässigkeits-Anscheinsbeweises mit einem entsprechenden Kausalitäts-Anscheinsbeweises»* aus.

286 Das Gericht könnte auch in umgekehrter Reihenfolge vorgehen und zuerst abklären, was für Anforderungen an das Verhalten der Person oder den Zustand der Sache zu stellen sind. Allerdings scheint es in solchen Fällen naheliegender, zuerst mögliche Ursachen für das Schadensereignis zu eruieren.

des Schadensereignisses vom Soll-Standard abweichen und ob diejenige Massnahme, die den Schaden verhindert hätte, dem Soll-Standard entspricht. Aufgrund des kontrafaktischen Kausalitätsmodells muss das Gericht über den hypothetischen Kausalverlauf urteilen. Kommt es zum Schluss, dass das Schadensereignis ausgeblieben wäre, kann sowohl das haftungsbegründende Tatbestandsmerkmal wie auch die natürliche Kausalität bejaht werden.

Dabei ist es kein Zufall, dass das Gericht gerade jenes Verhalten zum Soll-Standard erklärt, welches das Schadensereignis verhindert hätte. Erfahrungssätze werden nämlich nicht nur für den Kausalitätsbeweis beigezogen. Die erwähnten Hilfskriterien, die den Soll-Standard konkretisieren, basieren teilweise auf *denselben Erfahrungssätzen*.[287] Es entspricht der ärztlichen Kunst, diejenige Operationsmethode auszuwählen, die nur in seltenen Fällen zu Komplikationen führt. Die anerkannten Regeln der Baukunst sehen diejenige Konstruktionsart vor, die sicherstellt, dass das Werk nicht in sich zusammenfällt. Die Voraussehbarkeit beruht auf dem Wissen, dass ein (fahrlässiges) Verhalten häufig zum Schadensereignis führt.[288] Der Gefahrensatz beruht auf der Überlegung, dass eine Durchschnittsperson in der Regel Schutzmassnahmen trifft, wenn sie einen gefährlichen Zustand schafft.

### 3.2 Beweisgegenstand 2: Nichteinhalten des Soll-Standards

Die Besonderheit bei der Irgendwie-Feststellung liegt nun darin, dass neben dem Kausalverlauf zusätzlich eine *negative Tatsache* bewiesen wird, d.h. ein Zustand, der *«durch das Nichtvorhandensein von gewissen Umständen gekennzeichnet»* ist.[289] Mithilfe von Kausalitätsüberlegungen wird darauf geschlossen, dass das Werk oder das Verhalten der haftpflichtigen Person nicht diejenigen Eigenschaften aufweist, die der Soll-Standard verlangt. Die behandelnde Ärztin hat die Injektion nicht lehrbuchgemäss vorgenommen. Der Produzent der Kaffeekanne hat keine geeignete Konstruktion oder kein geeignetes Material verwendet. Im Gegensatz zum Normalfall muss die geschädigte Person den Vorwurf in ihren Behauptungen zum Ist-Zustand nicht konkretisieren. Das Beweisthema wird modifiziert, indem die geschädigte Person nicht eine positive Tatsache (den Ist-Zustand), sondern eine negative Tatsache (den Nicht-Soll-Standard) beweist. Diese negative Tatsache

---

287 Vgl. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 112 N 10, wonach Erfahrungssätze auch dazu dienen, Rechtsnormen zu konkretisieren.

288 Zum Einsatz von Erfahrungssätzen bei der Voraussehbarkeit, vgl. BGE 111 II 72 E. 3a S. 274.

289 STIEPER, S. 30; VON GREYERZ, S. 17 betont, dass nicht die Tatsache, sondern das Tatsachenurteil negativ ist.

ist zwangsläufig weniger konkret, weil verschiedene Ist-Zustände unter diese Umschreibung fallen (eben ein irgendwie nicht dem Soll-Standard entsprechender Zustand).[290] Wie vorne dargelegt, geht das Bundesgericht davon aus, dass es beim Anscheinsbeweis zu einer *«Verschiebung des Beweisthemas»* kommt.[291] Aus dem Kontext des Entscheids geht zwar hervor, dass es damit das Erschliessen der Kausalität meint. Diese Formulierung beschreibt die Modifizierung des Beweisgegenstands bei der zweiten Fallgruppe jedoch sehr passend.[292]

Im Ergebnis unterscheiden sich die beiden Anwendungsfälle nicht grundsätzlich.[293] Es geht immer um den Beweis der Kausalität.[294] Bei der ersten Variante des Anscheinsbeweises, hier *«Kausalität eines bestimmten Faktors»* genannt, ist das offensichtlich. Bei der zweiten Variante schliesst das Gericht auf eine für das Schadensereignis *kausale, im Detail unbekannte Abweichung vom Soll-Standard*. Dieser Beweis – der Ist-Zustand entspricht nicht dem Soll-Standard – wird mithilfe von Kausalitätsüberlegungen erbracht. Es erscheint deshalb treffender, von einer *«Irgendwie-Verursachung»* statt von einer Irgendwie-Feststellung zu sprechen.

## III. Zwischenfazit

Die natürliche Kausalität wird mit dem conditio sine qua non-Test geprüft. Wie der Test konkret durchgeführt wird, richtet sich nach dem anwendbaren Tatbestand. Haftungstatbestände setzen häufig voraus, dass eine negative Abweichung vom Gesetz für den Schaden ursächlich war. Mit dem conditio-Test wird geprüft, ob der Erfolg entfiele, wenn der vom Gesetz geforderte Soll-Standard eingehalten worden wäre. Relevant sind zwei Kausalverläufe: einerseits die reale Kausalkette zwischen dem Ist-Zustand und dem eingetretenen Ereignis, anderseits die hypothetische Kausalkette zwischen dem Soll-Standard und einem hypothetischen Alternativereignis.

290 KOLLHOSSER, S. 62 spricht von der *«Ungenauigkeit des Beweisthemas»*, die durch die fehlenden Kenntnisse gerechtfertigt ist.

291 vgl. Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 4.4.2.1; ähnlich MEIER, Beweismass, S. 67 f.

292 Gl.M. KUMMER, Berner Kommentar 1962, Art. 8 ZGB N 207 ff.

293 A.A.: PAWLOWSKI, S. 57 f., die beim Beweis der Kausalität von einem Beweiswürdigungsvorgang ausgeht. Die Irgendwie-Feststellung sei dagegen materiell-rechtlicher Natur.

294 GREGER, Anscheinsbeweis, S. 1101 spricht beim Schluss auf die Kausalität – gegenüber dem Schluss auf das Verschulden – von einem «Minus».

Beim Anscheinsbeweis ist das Wissen über die in Frage kommende Ursache unterschiedlich. Bei der ersten Fallgruppe – vorliegend Kausalität eines bestimmten Faktors genannt – steht der Ist-Zustand fest und dient als Indiz. Der typische Geschehensablauf muss den Schluss erlauben, dass der Ist-Zustand kausal für das Schadensereignis war, während der Soll-Zustand zu einem Alternativergebnis geführt hätte. Damit wird die natürliche Kausalität bewiesen. Beim Anscheinsbeweis findet das normale Kausalitätskonzept Anwendung. Bei der zweiten Fallgruppe – der Irgendwie-Verursachung – ist der Ist-Zustand nicht bekannt. Als Indiz dient lediglich das Schadensereignis. Die beigezogenen Erfahrungssätze treffen eine Aussage zur realen Kausalkette (es gibt mehrere mögliche Ursachen) oder zur hypothetischen Kausalkette (bei Einhalten gewisser Vorsichtsmassnahmen wäre es nicht zum schädigenden Ereignis gekommen). Beweisgegenstand ist damit ebenfalls die natürliche Kausalität. Zusätzlich wird mit der Irgendwie-Verursachung der Beweis über eine negative Tatsache, das Nichteinhalten des Soll-Standards, geführt. Damit wird das Beweisthema modifiziert.

# 3. Kapitel: Analyse der Überzeugungsbildung – insbesondere aus rechtsvergleichender Sicht

In diesem Kapitel wird genauer untersucht, wie das Erschliessen beim Anscheinsbeweis funktioniert. Zu klären ist, unter welchen Umständen und mit welchen Erfahrungssätzen die Gerichte auf die Kausalität eines bestimmten Faktors oder auf eine Irgendwie-Verursachung schliessen. Aufgrund der bisherigen Ausführungen zum Beweisgegenstand ist anzunehmen, dass der typische Geschehensablauf eine Aussage zum realen und hypothetischen Kausalverlauf trifft. Genauere Anforderungen können den bisher analysierten Entscheiden allerdings nicht entnommen werden. Das Bundesgericht erwähnt nur vage, dass *«die Typizität des rechtserheblichen Geschehens nach allgemeiner Lebenserfahrung eine behauptete Tatsache als wahr erscheinen lässt»*.[295] Wie auf S. 24 f. erläutert, erscheint es sinnvoll, sich diesen Fragen aus rechtsvergleichender Perspektive anzunähern.

## I. Anscheinsbeweis in ausländischen Rechtsordnungen

Zu untersuchen ist, wie die Gerichte in den verschiedenen Ländern mit dem «schweizerischen» Anscheinsbeweis umgehen. Dabei ist zwischen den beiden Fallgruppen zu unterscheiden. In den ausgewählten Jurisdiktionen – Deutschland, Österreich, Frankreich und angloamerikanische Staaten – sind die Haftungsvoraussetzungen unterschiedlich ausgestaltet. Ebenso unterscheiden sich die Regeln, wie die der Beweiswürdigung zugrundeliegende Informationsbasis gebildet wird (siehe dazu vorne S. 16 f.). Allerdings läuft die gerichtliche Überzeugungsbildung zwangsläufig gleich ab, weil überall Menschen

295 Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 4.4.2.1.

den Sachverhalt beurteilen.[296] Ebenso stimmt das Kausalitätskonzept in den ausgewählten Rechtsordnungen im Grundsatz mit demjenigen des schweizerischen Rechts überein. Der natürliche Kausalzusammenhang wird von der Rechtsprechung in allen Jurisdiktionen mit dem conditio-Test (bzw. but for-Test) geprüft.[297] Die Erkenntnisse zum jeweiligen «ausländischen» Anscheinsbeweis lassen sich somit auf das schweizerische Recht übertragen. Um herauszufinden, unter welchen Voraussetzungen auf den Kausalverlauf geschlossen werden kann, sind zuerst Entscheide zu analysieren, die einen ähnlichen Sachverhalt haben. Damit ist sichergestellt, dass auch tatsächlich der gleiche Überzeugungsbildungsvorgang analysiert und nicht bloss eine Rechtsfigur mit gleichem oder ähnlichem Namen verglichen wird.[298]

## 1. Erste Fallgruppe: Kausalität eines bestimmten Faktors

### 1.1 Kausalität von Verkehrsregelverletzungen

Ähnlich wie in BGer 4A_262/2016 finden sich in Deutschland ebenfalls Fälle, in denen die Gerichte angenommen haben, dass die Geschwindigkeitsüberschreitung den Verkehrsunfall verursacht hat. Das Gericht kann auf die Kausalität schliessen, wenn sich aus dem Ablauf des Unfalls ergibt, dass sich die in der Geschwindigkeitsüberschreitung liegende Gefahr verwirklicht hat, welche durch die Tempobeschränkung verhindert werden soll.[299] Die Gerichte in Deutschland stellen beim Kausalitätsbeweis von Verkehrsregelverletzungen generell auf solche Überlegungen ab. Sie gehen davon aus, dass ein Unfall typischerweise durch den vorausgegangenen Regelverstoss verursacht wurde, sofern es sich um einen Unfall handelt, den die Vorschrift nach ihrem Schutzzweck verhindern soll.[300] So nimmt die Rechtsprechung an, dass der alkoholisierte Zustand eines Lenkers für den Unfall ursächlich war[301] oder das fehlende Licht am Fahrrad zur Kollision mit einem anderen Ver-

296 Das gilt zumindest dann, wenn keine gesetzlichen Beweiswürdigungsregeln vorgesehen sind.

297 Siehe dazu S. 31 vorne.

298 Z.B. könnte mit der wörtlichen Übersetzung des Begriffs ein anderer beweisrechtlicher Vorgang gemeint sein. Dies ist z.B. beim Begriff «prima-facie-Beweis» im deutschen und angloamerikanischen Recht der Fall, vgl. EISNER, S. 86 ff.

299 BGH VersR 1960, 183; BGH VRS 4, 262; BGH VersR 1969, 900; vgl. HAINMÜLLER, S. 183.

300 BGH VersR 1964, 1182; BGH BeckRS 1969, 30389764.

301 Das gilt jedenfalls dann, wenn der Unfall bei einer Verkehrssituation und Bedingungen eintritt, die ein Nüchterner meistern kann, siehe BGH NJW 1987, 1826; BGH NJW 1992, 119; BGH NJW 1995, 1029; BAUMGÄRTEL/LAUMEN, Kp. 17 N 75 ff.; LEPA, Beweiserleichterungen, S. 132 m.w.H.

kehrsteilnehmer geführt hat.[302] In Österreich macht die Rechtsprechung dieselbe Überlegung, um zu beurteilen, ob der alkoholisierte Zustand des Lenkers ursächlich war für den Unfall. Kommt ein alkoholisierter Lenker von der Strasse ab, handelt es sich um einen typischen Ablauf. Unter diesen Umständen spricht alles dafür, dass sich der Unfall deshalb ereignet hat, weil der Lenker angetrunken war. Dieser muss beweisen, dass der Unfall eine andere Ursache hatte.[303] In beiden Jurisdiktionen scheidet ein Schluss auf die Kausalität dann aus, wenn ebenso eine ernsthafte Möglichkeit besteht, dass eine andere Gegebenheit ursächlich war für den Unfall (z.B. bei einer Frontalkollision die Unaufmerksamkeit des nüchternen Autolenkers).[304]

Vor dem Inkrafttreten des strikten Haftungs- und Entschädigungsregimes im französischen Recht (sog. «Loi Badinter») im Jahr 1985 schlossen die Gerichte regelmässig auf die Kausalität von Verkehrsregelverletzungen, auch wenn in solchen Fällen selten mit Gewissheit feststeht, dass es bei sorgfältigem Fahren tatsächlich nicht zum Unfall gekommen wäre.[305] Beispielsweise nahm der Cour de cassation an, dass es an einer Kreuzung nicht zur Kollision gekommen wäre, wenn der beklagte Autolenker pflichtgemäss gehupt hätte.[306]

Ein ähnlicher Schluss wie in BGer 4A_262/2016 wurde in einem Fall in England gezogen. In *Phethean-Hubble v. Coles* ereignete sich ein Unfall zwischen einem Radfahrer und einem Auto. Der geschädigte Velofahrer fuhr auf dem Trottoir und wechselte auf die Strasse, wobei es zur Kollision kam. Unklar ist, weshalb der Velofahrer die Spur wechselte. Aufgrund der schwerwiegenden Unfallfolgen konnte er keine Angaben zum Unfallhergang mehr machen. Das Gericht kam (u.a. aufgrund von verkehrstechnischen Gutachten) zum Schluss, dass der Autofahrer mit einer Geschwindigkeit von 35 mph unterwegs war. Die strittige Frage war, ob es nicht zum Unfall gekommen

302 OLG Frankfurt MDR 2010, 690; vgl. ebenso OLG Frankfurt, NZV 2006, 36: *«Es gehört zu den ganz typischen Folgen der Nichtbenutzung notwendiger Beleuchtungseinrichtungen, dass ein Verkehrsteilnehmer zu spät gesehen wird.»*

303 OGH 10 ObS 133/98a. In Frankreich schlossen die Gerichte – in einer in der Zwischenzeit aus materiell-rechtlichen Gründen überholten Rechtsprechung – bei der Frage, ob die geschädigte Partei ein Mitverschulden am Autounfall trifft, ebenfalls auf die Kausalität. Hatte die Partei eine erhöhte Blutalkoholkonzentration, wurde vermutet, dass dieses (Mit-)Verschulden sich kausal auf den Unfall ausgewirkt hat, vgl. FLOUR/AUBERT/SAVAUX, S. 449 f. Allerdings haben die Gerichte dabei nicht auf einen konkreten ursächlichen Fahrfehler geschlossen. Das Gericht nahm vielmehr an, dass der Autolenker gar nicht hätte fahren dürfen. Für den Unfall kausal war demnach der Verstoss gegen das Verbot, angetrunken Auto zu fahren, vgl. Rapport annuel de la Cour de cassation, responsabilité civile, E. 4b); a.M. ZWICKEL, S. 533, der in dieser Überlegung dieselbe Schlussfolgerung wie im deutschen und österreichischen Recht erblickt.

304 BGH NJW 1987, 1826; OGH 10 ObS 133/98a.

305 VINEY/JOURDAIN/CARVAL, N 369.

306 Cass. Civ. 2, 5 mars 1975, 73-14.882, bull. civ. II, n°75.

wäre, wenn der Lenker statt 35 mph mit einer angemessenen (nicht fahrlässigen) Geschwindigkeit von rund 26 mph gefahren wäre. Dazu haben die Parteien keine Beweismittel offeriert. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Kausalität gegeben sei. Worauf dieser Schluss beruht, wird jedoch nicht ganz klar. Die verschiedenen Instanzen führten unterschiedliche Argumente ins Feld. Der erstinstanzliche Richter argumentierte, dass der Velofahrer das Auto eher bemerkt hätte und sein Verhalten beim Wechsel auf die Strasse angepasst hätte. Die Rechtsmittelinstanz stellte schwergewichtig auf das Argument ab, dass der Autofahrer eine längere Reaktionszeit für ein Ausweichmanöver gehabt hätte, wenn er langsamer gefahren wäre.[307] Aus beweisrechtlicher Sicht geht nicht klar hervor, ob das Gericht auf den hypothetischen Kausalverlauf geschlossen hat oder ob es von einer Beweislastumkehr ausging.[308]

### 1.2 Kausalität des Werkmangels

Bei der Kausalität von Werkmängeln geht das deutsche Recht ebenfalls von einem Anscheinsbeweis aus. Stürzt eine Person in einer Zeitspanne, in welcher die Strasse gestreut werden müsste, darf angenommen werden, dass der Unfall nicht passiert wäre, wenn die Unterhaltspflicht eingehalten worden wäre.[309] Ebenso nimmt die Rechtsprechung an, dass eine glatte Treppenstufe,[310] ein Loch in der Strasse,[311] ein zu wenig hohes Treppengeländer[312] oder ein fehlender Handlauf einer Treppe[313] ursächlich für den Sturz der geschädigten Partei ist.

In Österreich existiert eine ähnliche Rechtsprechung. Beim Verlassen eines Gasthauses stürzte die Klägerin auf einer schlecht ausgeleuchteten Aussentreppe mit unregelmässigen Stufen. Der beklagte Gastwirt stellte sich auf den Standpunkt, dass die Klägerin sich den Unfall selbst zuzuschreiben hat. Der OGH hielt zunächst fest, dass in solch einem Fall der exakte Beweis der Schadensverursachung nicht zu erbringen ist. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass eine nicht geh- und sehbehinderte Person eine genügend beleuchtete Treppe hinuntergehen kann, ohne zu stürzen. Bei einer mangelhaften Treppe spricht hingegen der erste Anschein dafür, dass die unzureichende Beleuchtung und die unregelmässigen Stufen ursächlich waren für

307 *Phethean-Hubble v. Coles* [2012] EWCA Civ 349.

308 STEEL, Proof of Causation, S. 247.

309 BGH, DAR 2009, 693; BGH NJW 1984, 432.

310 BGH NJW 1994, 945.

311 BGH NJW 2005, 2454.

312 BayObLGZ 1994, 276.

313 BGH NJW-RR 1986, 1350.

den Sturz. Deshalb genügt der pauschale Hinweis des Beklagten zum Selbstverschulden der Klägerin nicht. Der Wirt hätte vielmehr die ernsthafte Möglichkeit aufzeigen müssen, dass der Sturz sich auch dann ereignet hätte, wenn sich die Treppe in einem ordnungsgemässen Zustand befunden hätte.[314]

In den USA gilt *Reynolds v. Texas & Pacific Ry. Co.* als Präzedenzfall für derartige Fallkonstellationen.[315] Die zu einem Bahngleis hinunterführende Treppe war schlecht beleuchtet und die Klägerin stürzte, als sie das Perron wechselte, um auf einen anderen Zug umzusteigen. Die beklagte Bahngesellschaft bestritt die Kausalität der schlechten Beleuchtung. Die Klägerin hätte in gleicher Weise bei Tageslicht stürzen können. Das Gericht erwog, dass die Kausalität zwar nicht nur aufgrund des zeitlichen Ablaufs bejaht werden kann. Die Fahrlässigkeit der beklagten Partei habe das Unfallrisiko jedoch deutlich erhöht. Die schlechte Beleuchtung führe typischerweise zu solchen Unfallereignissen. Aus diesem Grund ist die hypothetische Möglichkeit, dass es auch bei genügender Beleuchtung zum Sturz hätte kommen können, nicht ausreichend, um die Überzeugung des Gerichts zu erschüttern.[316]

Ein Fall in Frankreich weist Ähnlichkeiten zum «Ausschwingmaschine»-Entscheid auf (siehe dazu vorne S. 9). Das Opfer wurde leblos in seiner Wohnung aufgefunden. Im benachbarten Zimmer wurde eine erhöhte Kohlenmonoxidkonzentration festgestellt, die sich auf die Verbrennungsgase des (defekten) Boilers zurückführen liess. Die Todesursache war eine Kohlenmonoxidvergiftung. Die Vorinstanz sah den Kausalzusammenhang zwischen dem mangelhaften Gas-Boiler und dem Tod nicht als gegeben (weil sie wohl von einem Suizid ausging). Der Cour de cassation bejahte diesen Zusammenhang hingegen, weil auf dieselbe Art schon zuvor einmal eine Person gestorben war und neben dem Opfer ein aufgeschlagenes Buch lag und der Fernseher eingeschaltet war. Das Gericht ging davon aus, dass die Umstände eher dafürsprechen, dass der Boiler defekt war, als dass die Geschädigte absichtlich den Gasaustritt herbeigeführt hat.[317]

314 OGH 3 Ob 18/00v; mangels einer Abweichung von bautechnischen Normen hingegen verneinend: OGH 3 Ob 84/17z.

315 In der Rechtsprechung finden sich viele *«slip and fall»*-Fälle, z.B.: *Sullivan v. Hamacher*, 339. Mass. 190, 158 N.E.2d. 301 (1959); *Ingersoll v. Liberty Bank of Buffalo*, 278 N.Y. 1, 14 N.E.2d 828 (1938).

316 *Reynolds v. Texas & Pacific Ry. Co.*, 37 La.Ann. 694 (1885): *«But where the negligence of the defendant greatly multiplies the chances of accident to the plaintiff, and is of a character naturally leading to its occurrence, the mere possibility that it might have happened without the negligence is not sufficient to break the chain of cause and effect between the negligence and the injury. Courts, in such matters, consider the natural and ordinary course of events, and do not indulge in fanciful suppositions»;* die Kausalität bei schlechter Beleuchtung hingegen verneinend: *Wolf v. Kaufmann*, N.Y. 227 App. Div. 281 (1929).

317 Cass. Civ. 2, 9 décembre 1992, 90-21.889, bull. civ. II, n°306.

### 1.3 Kausalität einer verspäteten Diagnose

Bei verspäteten Diagnosen stellen die Gerichte in allen Jurisdiktionen auf ähnliche Überlegungen ab, wie in den vorne dargestellten Entscheiden (S. 10 f.). Die Rechtsprechung in Deutschland argumentiert mit der Befunderhebungs- und Befundsicherungspflicht der behandelnden Ärztin. Erfasst die Ärztin den Gesundheitszustand des Patienten nicht richtig, wird dieser in eine beweisrechtlich schwierige Situation gebracht. Im Nachhinein lässt sich nicht mehr feststellen, welcher Zustand im Zeitpunkt der Pflichtverletzung vorlag und wie sich die rechtzeitige Behandlung ausgewirkt hätte.[318] Die Rechtsprechung gewährt dem Patienten deshalb *«Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr»*.[319] Vorausgesetzt ist einerseits, dass die diagnostische Untersuchung zweifelsfrei geboten war (weil beispielsweise ein erhöhtes Risiko für den Krankheitsverlauf bestand).[320] Anderseits ist erforderlich, dass *der Ursachenzusammenhang zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden «immerhin wahrscheinlich»* ist.[321] Erst diese Wahrscheinlichkeitsüberlegung rechtfertigt die Beweiserleichterung.[322] Die Rechtsprechung bezeichnet diesen Vorgang zwar nicht als Anscheinsbeweis. Wie bei den auf S. 10 f. beschriebenen Fällen sind aber die Beweisschwierigkeiten der geschädigten Partei und die Wahrscheinlichkeit der Pflichtverletzung für das Schadensereignis entscheidend.

In Österreich wird betont, dass in einem solchen Fall die Kausalität nicht exakt bewiesen werden muss und die Anforderungen an die gerichtliche Überzeugung herabgesetzt sind.[323] Steht der Behandlungsfehler (bzw. stehen die sorgfaltswidrig nicht vorgenommenen Untersuchungen zur Diagnosestellung) fest, kann auf die Kausalität geschlossen werden, wenn *«der Behandlungsfehler […] die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht bloss*

---

318 KATZENMEIER, S. 477; MÜLLER, Gerda, S. 3053.

319 BGH NJW 1987, 1482.

320 Siehe BGH NJW 1987, 2293, 2294: *«Danach können dem Patienten Beweiserleichterungen zugute kommen, wenn der Arzt es schuldhaft unterlassen hat, medizinisch zweifelsfrei gebotene Befunde zu erheben und zu sichern, freilich mit der Einschränkung, dass dadurch die Aufklärung eines immerhin wahrscheinlichen Ursachenzusammenhangs zwischen ärztlichem Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden erschwert oder vereitelt wird, und dass die Befundsicherung gerade wegen des erhöhten Risikos des in Frage stehenden Verlaufes geschuldet war.»*.

321 BGH NJW 1987, 1482, 1484. Die Rechtsprechung in Deutschland spricht in einem solchen Fall nicht von einem Anscheinsbeweis.

322 KATZENMEIER, S. 479; vgl. BGH NJW 1988, 2949: *«Je unwahrscheinlicher ein solcher ursächlicher Zusammenhang ist, […] desto geringer wirken sich im Ergebnis auch die durch den Behandlungsfehler verursachten Aufklärungserschwernisse aus.»*

323 OGH 4 Ob 145/10t E. 1.2; Rechtssatznummer RS0038222.

*unwesentlich erhöht»* hat. In diesem Fall muss die behandelnde Ärztin beweisen, dass der Behandlungsfehler nicht ursächlich war.[324] Die österreichische Rechtsprechung qualifiziert diesen Überzeugungsbildungsvorgang nicht als Anscheinsbeweis, sondern als weitergehende Art der Beweiserleichterung.[325] Allerdings stellt auch diese Form der Beweiserleichterung auf den Erfahrungssatz ab, dass der Behandlungsfehler das Risiko für den Schadenseintritt erhöht hat.

Für das französische Recht ist folgendes Beispiel zu erwähnen: Beim damals achtjährigen Patienten hat der Arzt einen Bruch des Oberarmknochens diagnostiziert und entsprechend behandelt. Später stellte sich heraus, dass diese Diagnose falsch war und der Kläger sich bei seinem Sturz keinen Knochenbruch zugezogen, sondern den Ellbogen ausgekugelt hatte. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage des Patienten ab, weil es den Kausalzusammenhang zwischen seinen bleibenden gesundheitlichen Einschränkungen und der falschen Therapie als nicht bewiesen erachtete. Die oberen Instanzen gingen hingegen davon aus, dass eine bedeutsame, präzise und kohärente Vermutung für den Kausalzusammenhang spricht, weshalb Schadenersatz geschuldet ist.[326]

In den angloamerikanischen Staaten wird bei verspäteten (Krebs-)Diagnosen überwiegend auf statistische Überlebenswahrscheinlichkeiten abgestellt.[327] Es wird versucht, die Heilungschancen mit Statistiken zu ermitteln (z.B. Wachstumsraten von Tumoren), damit auf die Kausalität für den Gesundheitsschaden geschlossen werden kann.[328] Sind solche Erfahrungswerte nicht vorhanden, wird das Gericht bei der Beurteilung der Kausalität einzelfallweise berücksichtigen, dass die fehlerhafte Behandlung gerade die «kausale Ungewissheit» verursacht hat.[329]

324 OGH 6 Ob 193/10s.

325 Siehe OGH 6 Ob 137/20w E. 5.2 ff. und 6.1. Bei anderen Behandlungsfehlern qualifizierte der OGH die Beweiserleichterung hingegen als Anscheinsbeweis, siehe OGH 4 Ob 1529/95; OGH 4 Ob 554/95.

326 Cass. Civ. 1, 14 décembre 1965, bull. civ. I, n°541. Allerdings hat das Gericht nicht vollen Schadenersatz zugesprochen, sondern nur für die entgangene Chance der Heilung, kritisch dazu KHOURY, S. 110 FN 118. Seither stellen die französischen Gerichte in solchen Fällen in der Regel auf die «perte d'une chance»-Doktrin ab, vgl. DIESELBE, S. 110 ff.

327 In *Hotson v. East Berkshire Health Authority* [1987] 1 AC 750 (HL) hat das House of Lords die Kausalität verneint, weil die Wahrscheinlichkeit der erfolgreichen Behandlung auch bei einer rechtzeitigen Diagnose nur 25 % betrug. Ebenso wurde in *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2 die Kausalität einer Fehldiagnose bei Krebs verneint, weil das Opfer überlebte, auch wenn die 10-jährige-Überlebenschance von 42 % auf 25 % sank.

328 STAUCH, S. 79 f. Siehe dazu illustrativ: *McGlone v. Glasgow Greater Health Board* [2011] CSOH 63; vgl. STEEL, Proof of Causation, S. 77 f.

329 KHOURY, S. 223.

## 2. Interpretation in ausländischen Rechtsordnungen

### 2.1 Deutschland und Österreich: Anscheinsbeweis

Wie bereits erwähnt, wird der Beweismechanismus in Deutschland und Österreich als Anscheinsbeweis bezeichnet. Das schweizerische Recht hat den Begriff vom deutschen Recht übernommen.[330] Der Anscheinsbeweis hat in der Praxis grosse Bedeutung.[331] Vor allem in Deutschland ist die Anzahl der Urteile, die sich auf einen Anscheinsbeweis stützen, kaum überschaubar.[332] Der Kausalitätsbeweis gilt sowohl in Deutschland wie auch in Österreich als einer der wichtigsten Anwendungsfälle.[333] Wie die dargestellten Fälle zeigen, wird auf gleiche Weise wie in den schweizerischen Fällen auf die Kausalität eines bestimmten Faktors (z.B. Fahren in alkoholisiertem Zustand, Glatteis auf dem Trottoir) für das schädigende Ereignis geschlossen. Sinn und Zweck des Anscheinsbeweises besteht darin, mithilfe der allgemeinen Lebenserfahrung eine Lücke in der Sachverhaltsfeststellung zu überbrücken.[334]

In den erläuterten Fällen zeigt sich, dass die Gerichte bei Verstössen gegen Regeln und Richtlinien häufig von einem Anscheinsbeweis ausgehen. Typischerweise geht es um die Verletzung von Schutzgesetzen i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB, Unfallverhütungsvorschriften oder Verkehrssicherungspflichten.[335] Bezweckt eine Norm, einen Schaden zu verhindern, entspricht es allgemeiner Lebenserfahrung, dass die Verletzung der Norm ursächlich ist, wenn sich ein solches Schadensereignis tatsächlich ereignet.[336] Die Gerichte stellen auf die Erfahrung ab, dass das schädigende Ereignis nicht eintritt, wenn diejenige Schutzvorschrift eingehalten wird, die von dieser Gefahr schützen soll.[337]

Die schweizerische Rechtsprechung hat nicht nur den Begriff, sondern auch die Voraussetzung des typischen Geschehensablaufs dem deutschen

330 Von wem der Begriff erstmals für das schweizerische Recht verwendet wurde, lässt sich nicht mehr rekonstruieren.

331 Statt vieler: GREGER, Zöller ZPO, Vor § 284 N 29. In der Schweiz wird in vielen Fällen von einer natürlichen Vermutung ausgegangen, die in Deutschland als Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises qualifiziert werden. Zur Abgrenzung im schweizerischen Recht, siehe hinten S. 145 ff.

332 Siehe die Nachweise in AHRENS, Kp. 16 N 40 ff.; BAUMGÄRTEL/LAUMEN, Kp. 17 N 63 ff.; THOLE, Stein/Jonas, § 286 N 229 ff.

333 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 114 N 20; FOERSTE, Musielak/Voit, § 286 N 26 f.

334 BAUMGÄRTEL/LAUMEN, Kp. 17 N 4 m.w.H.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 114 N 17.

335 ENGELS, S. 102 ff.; siehe zum österreichischen Recht: OGH 2 Ob 95/19p; OGH 2 Ob 181/16f; Rechtssatznummer RS0027517.

336 BGH NJW 1983, 1380; MUSIELAK, Kausalitätsbeweis, S. 470 f.; BAUMGÄRTEL/LAUMEN, Kp. 17 N 443; SCHULZE-HAGEN, S. 365 f.; zum österreichischen Recht: OGH 6 Ob 3/98d.

337 BGH NJW 1994, 945.

Recht entnommen.[338] Ein typischer Geschehensablauf liegt dann vor, *«wenn ein bestimmter Sachverhalt feststeht, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als massgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs hinweist».*[339] Ein typischer Geschehensablauf ist ein Erfahrungssatz, der (wie im schweizerischen Recht) als eine aus der Lebenserfahrung abgeleitete Wahrscheinlichkeit verstanden wird.[340] Der österreichische OGH spricht von einer *«formelhaften Verknüpfung zwischen der tatsächlich bewiesenen Tatsache und dem gesetzlich geforderten Tatbestandselement».*[341] Typizität bedeutet nicht, dass der Zusammenhang immer vorhanden sein muss. Der Zusammenhang muss aber so häufig sein, dass die Wahrscheinlichkeit sehr gross ist.[342]

Es genügt hingegen nicht, wenn von zwei möglichen Ursachen die eine lediglich wahrscheinlicher ist als die andere.[343] Entscheidend ist, dass *«für eine Ursache feste Anhaltspunkte bestehen, die diese Ursache als möglich erscheinen lassen, während für andere in Frage kommende Ursachen solche Anhaltspunkte tatsächlicher Art völlig fehlen».*[344] Diese Anhaltspunkte sind von der Gegenseite ins Verfahren einzubringen.[345] Es genügt nicht, wenn die Anscheinsbeweisgegnerin lediglich auf andere theoretisch mögliche Ursachen hinweist.[346] Bringt die Anscheinsbeweisgegnerin solche Indizien vor, ist der Anscheinsbeweis entkräftet, wenn sich daraus die ernsthafte Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs ergibt.[347]

338 In Österreich spricht die Rechtsprechung auch von einem *«typischen Erfahrungszusammenhang»*, vgl. statt vieler: OGH 2 Ob 78/20i.

339 BGH NJW 2006, 2262; BGH NJW 2010, 1072; BGH NJW 1987, 2876. Eine ältere Umschreibung geht dahin, dass als typischer Geschehensablauf *«solche Tatbestände anzusehen [sind], bei denen eine ohne weiteres naheliegende Erklärung nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu finden ist […] und bei denen angesichts des typischen Charakters die konkreten Umstände des Einzelfalles für die tatsächliche Beurteilung ohne Belang sind»*, siehe BGH NJW 1951, 360.

340 BGH NJW 2004, 3623, 3624; GREGER, Zöller ZPO, Vor § 284 N 29.

341 Statt vieler: OGH 2 Ob 78/20i.

342 BGH NJW 1997, 528, 529.

343 BGH NJW 1978, 2032, 2033.

344 BGH NJW 2010, 1072, N 13; BGH NJW 2007, 2767, N 14; zum sog. Lues-Fall: BGH NJW 1954, 718.

345 HAINMÜLLER, S. 42 f.

346 BGH NJW 1978, 2032.

347 Statt vieler: BGH NJW 1991, 230, 231. Der OGH führt teilweise aus, dass die Anscheinsbeweisgegnerin eine andere, ebenso wahrscheinliche Möglichkeit nachweisen muss, siehe OGH 7 Ob 646/86; OGH 1 Ob 1/88. Nach einer anderen Formulierung in RS0040196 wird der Anscheinsbeweis *«durch den Nachweis einer anderen ernstlich in Betracht zu ziehenden Möglichkeit [entkräftet]; eine solche muss nicht noch wahrscheinlicher als der erste Anschein gemacht werden».*

Zusätzlich wird im österreichischen Recht betont, dass der Anscheinsbeweis nicht dazu dient, eine lückenhafte Beweisführung mit Vermutungen auszufüllen.[348] Ein Anscheinsbeweis setzt voraus, dass die geschädigte Partei keine genaueren Angaben zum Sachverhaltsablauf machen kann. Der OGH setzt explizit voraus, dass *«konkrete Beweise vom Beweispflichtigen billigerweise nicht erwartet werden können»*.[349] Es geht um Fälle, in denen ein allgemeiner, für jedermann in vergleichbarer Weise bestehender Beweisnotstand vorliegt.[350] Typischerweise kommt es dazu, wenn die Tatsachen in der Sphäre der haftpflichtigen Person anzusiedeln sind.[351] Ähnlich betont zwar der BGH, dass ein Anscheinsbeweis dann in Frage kommt, wenn besondere Umstände wie das Unterlassen von Beweiserhebungen oder die Zerstörung von Beweismitteln die Lage der beweisbelasteten Person verschlechtern.[352] Eine Beweisnot wird im Allgemeinen allerdings nicht strikt vorausgesetzt.[353]

### 2.2 Frankreich: présomption de fait

In Frankreich wird den Gerichten grosses Vertrauen entgegengebracht, dass sie in der Lage sind, den Sachverhalt richtig festzustellen.[354] Das Beweisrecht stellt – im Gegensatz zu den anderen Rechtsordnungen – nicht eine eigentliche juristische Disziplin dar. Die Lehre widmet sich kaum der Frage, wie die gerichtliche Überzeugung im Allgemeinen gebildet wird.[355] Ebenso wird die in Entscheiden vorgenommene Beweiswürdigung kaum kritisiert.

Der Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors wird als richterliche oder tatsächliche Vermutung (*«présomption judiciaire» bzw. «présomption de fait»*) qualifiziert.[356] Der Schluss von der bewiesenen Tatsache auf die zu beweisende Tatsache basiert auf der Überlegung, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dafürspricht, dass sich diese tatsächlich ereignet hat.[357] Im Unterschied zu den deutschsprachigen Jurisdiktionen sind diese

348 OGH 4 OB 18/15y.

349 OGH 8 ObA 9/15d; OGH 3 Ob 18/00v m.w.H.

350 RECHBERGER, Fasching/Konecny, Vor § 266 N 56; DERSELBE, Gerichtskundigkeit, S. 489.

351 OGH 1 Ob 168/98g.

352 BGH NJW 1998, 79, 81.

353 Z.B. RÜSSMANN, Alternativkommentar ZPO, § 286 N 24 ff.; KOLLHOSSER, S. 62.

354 INFANTINO/ZERVOGIANNI, S. 93.

355 VERGÈS/VIAL/LECLERC, S. 3; BEARDSLEY, S. 460, der feststellt, dass der Beweiswürdigungsvorgang in der Literatur kaum analysiert wird.

356 Vgl. QUÉTAND-FINET, S. 26; BOUTONNET, N 1166. Ebenso werden die Schlussfolgerungen als *«simples présomptions de l'homme»* bezeichnet, vgl. VINEY/JOURDAIN/CARVAL, N 382.

357 AYNÈS/VUITTON, N 642 f.

Vermutung und ihre Voraussetzungen gesetzlich geregelt. Die Anwendung der Vermutungen setzt nach Art. 1382 Code civil voraus, dass sie bedeutend (*«graves»*), präzis und kohärent (*«concordantes»*) sind. Zudem kann nur dann auf sie zurückgegriffen werden, wenn alle Beweismittel, d.h. auch der Zeugenbeweis,[358] zugelassen sind. Mit der gerichtlichen Überzeugung (sog. «conviction intime») existiert eigentlich ein strenges Beweismass.[359] Beim Kausalzusammenhang werden diese hohen Anforderungen allerdings durch eine *«gewisse Flexibilität»* kompensiert.[360] So genügt es, wenn in einer grossen Anzahl von Fällen das Schadensereignis durch eine solche Pflichtwidrigkeit verursacht wird.[361] Ebenso bejahen die Gerichte die Kausalität regelmässig, wenn die haftpflichtige Person durch ihr Verhalten eine gefährliche Situation geschaffen hat.[362]

Betont wird beim Kausalzusammenhang, dass der Beweis durch Indizien (*«faisceau d'indices»*) oder durch «Ausschliessen» (*«élimination»*) erbracht werden kann.[363] Beim Ausschlussverfahren muss die präsumtive Ursache eine zeitliche und räumliche Nähe zum Schadensereignis aufweisen, während keine anderen Hinweise für alternative Ursachen vorliegen. Man kann deshalb auch von einem *«indice négatif»* sprechen.[364] Kausalitätsfragen werden in Frankreich pragmatisch und intuitiv beantwortet.[365] Als Lehrbuchbeispiel wird in der französischen Literatur immer wieder folgender Fall erwähnt: Eine Mauer stürzte unmittelbar nach dem Passieren eines Überschallflugzeugs – und dem entsprechenden Knall – zusammen. Weil es keine Hinweise für sonstige Ursachen gab, kam der Cour de cassation zum Schluss, dass die Kausalität zwischen dem Flug und dem Zusammenbruch der Mauer zu bejahen ist.[366] Die Rechtsprechung in Kausalitätsfragen kann als opferfreundlich bezeichnet werden.

358 Bis zu einem Streitwert von EUR 1'500.- ist nur der schriftliche Beweis zulässig, vgl. Art. 1359 CC; siehe DIESELBEN, N 637.

359 Vgl. KHOURY, S. 37.

360 QUÉZEL-AMBRUNAZ, N 285; ähnlich BOUTONNET, N 1166 ff.; VINEY/JOURDAIN/CARVAL, N 368; WOYCIECHOWSKI, S. 331 geht davon aus, dass die Gerichte auf Billigkeit, gesunden Menschenverstand und Intuition abstellen.

361 Cass. Civ. 1, 29 mai 1979, 77-15708, bull. civ. I, n°156.

362 VINEY/JOURDAIN/CARVAL, N 369 sprechen von einer *«présomption de réalisation des risques»*. Als Beispiel nennen sie u.a. Verkehrsregelverletzungen. Nach der Gesetzesrevision von 1985 und der Einführung einer Gefährdungshaftung hat diese Rechtsprechung zumindest im Strassenverkehr aber an Bedeutung eingebüsst.

363 QUÉZEL-AMBRUNAZ, N 286; KHOURY, S. 44 f.; ähnlich BRINKMANN, Beweismass, S. 58 f. zum Beweismass im Allgemeinen.

364 BOUTONNET, N 1169.

365 KHOURY, S. 28; ROBERTO, Schadensrecht, S. 81.

366 Cass. Civ. 2, 13 octobre 1971, 70-12602, bull. civ. I, n°274.

## 2.3 Angloamerikanische Staaten: self-proving causation

Im angloamerikanischen Recht gibt es keinen stehenden Begriff, um einen derartigen Schluss auf die Kausalität zu bezeichnen.[367] Die Lehre betont, dass sich der Kausalitätsbeweis in solchen Fällen auf Allgemeinwissen und gesunden Menschenverstand stützt.[368] Die Sorgfaltspflichtverletzung muss im Vergleich zu anderen Faktoren die wahrscheinlichere Ursache sein.[369] Das entspricht dem allgemeinen Beweismass des «preponderance of evidence».

Bei diesen Fällen gibt es neben dem sorgfaltswidrigen Verhalten (z.B. fehlende Beleuchtung der Treppe) keine Beweise für die Kausalität. Aus diesem Grund kann man den Vorgang als *«self-proving causation» beschreiben.*[370] Die Überlegung besteht darin, dass fahrlässiges Verhalten das Risiko eines schädigenden Ereignisses stets erhöht. Ein fahrlässiges Verhalten ist immer ein Indiz für die Kausalität. In gewissen Fällen liegt diese Schlussfolgerung aber so nahe, dass der Kausalitätsbeweis bereits mit der Abweichung vom Soll-Standard erbracht werden kann.[371] Diese Überlegung fügt sich ein in die Feststellung, dass das Gericht zur Bestimmung des Soll-Standards dieselben Erfahrungssätze beizieht wie beim Kausalitätsbeweis (siehe dazu vorne S. 56). Alternativ werden solche Fälle als *«proof by generalisation»* bezeichnet.[372] Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass für den Kausalitätsbeweis auf generelle Aussagen über die Kausalität (d.h. Erfahrungssätze) zurückgegriffen wird. Andernorts wird diese Art der Überzeugungsbildung simpel als *«inference»* (Schlussfolgerung) bezeichnet.[373] Aufgrund der zurückhaltenden Untersuchung in der Lehre finden sich wenig abstrakt formulierte Voraussetzungen für den Schlussvorgang. ABRAHAM nennt dafür drei kumulative Bedingungen: Es muss erstens unmöglich sein, die Kausalität mit konventionellen Mitteln zu beweisen. Zweitens gibt es keine andere realistische Ursache. Drittens scheitert der Beweis, wenn die haftpflichtige Partei beweist, dass sich die Schlussfolgerung auf eine falsche «Referenzklasse» stützt.[374] Letzteres kann so verstanden werden, dass ein falscher «Erfahrungssatz» beigezogen wurde.

---

367 Vgl. ABRAHAM, Self-Proving Causation, S. 1811 FN 2.

368 PROSSER/KEETON4, S. 270.

369 HYLTON, S. 202 f.

370 ABRAHAM, Self-Proving Causation, S. 1811.

371 DERSELBE, Self-Proving Causation, S. 1812.

372 STEEL, Proof of Causation, S. 80 f.

373 KHOURY, S. 143 ff. Im englischen Fall *Levicom v. Linklaters* [2010] PNLR 29, 284 bezeichnete Jacob LJ den Schluss, dass der Rat eines Rechtsanwalts kausal war für den Abschluss eines Vergleichs, als *«normal inference»*.

374 ABRAHAM, Self-Proving Causation, S. 1849 ff.

## 3. Zweite Fallgruppe: Irgendwie-Verursachung

### 3.1 Bei Werkmängeln

Einen ähnlichen Fall wie das Bundesgericht in 4A_189/2018 («Gerüstfall», S. 12 vorne) hatte der BGH im Jahr 1997 zu beurteilen. Ein Zimmermann verrichtete Arbeiten am Dachstuhl und musste dafür das von der beklagten Partei erstellte Gerüst betreten. Das Fassadengerüst wurde bei einem Pfeiler ausgespart und die Öffnungen mit Brettern belegt. Als der Zimmermann auf ein solches Brett trat, brach dieses durch und er stürzte. Die Vorinstanz wies die Klage ab, weil die für den Gerüstbau einschlägige DIN-Norm eingehalten wurde. Der BGH führte dazu Folgendes aus:

*«Ein zur Gerüsterstellung verwendetes, zum Begehen durch Gerüstbenutzer bestimmtes Brett muss so beschaffen sein, dass es nicht durchbricht, wenn es von einem Bauhandwerker betreten wird. Geschieht dies dennoch, so spricht typischerweise nach der allgemeinen Lebenserfahrung der Anschein dafür, dass dieses Brett von seiner Beschaffenheit her objektiv nicht für ein Baugerüst geeignet war, seine Verwendung daher zu einer insoweit objektiv fehlerhaften Gerüsterstellung geführt hat, auf der das Unfallgeschehen beruht.»*[375]

Die haftpflichtige Partei brachte hingegen vor, das Brett sei nur deshalb durchgebrochen, weil die Arbeitgeberin des Verunfallten zu schwere Kanthölzer abgesetzt habe, was zu einer dynamischen Belastung des Bretts geführt habe. Der BGH konnte den Fall deshalb nicht abschliessend beurteilen. Wenn die haftpflichtige Partei das Absetzen der zu schweren Kanthölzer beweisen kann, gäbe es eine andere plausible Ursache, weshalb nicht mehr auf den Mangel geschlossen werden könnte.[376]

Im angloamerikanischen Recht wird bei zusammenstürzenden Werken in ähnlicher Weise auf die Fahrlässigkeit geschlossen.[377] So nehmen die Gerichte an, dass eine Tribüne normalerweise nicht zusammenstürzt, wenn die Person, unter deren exklusiven Kontrolle das Werk stand, nicht fahrlässig gehandelt hat.[378] Bei einem etwas anderen Sachverhalt bejahte der französische Cour de cassation eine Irgendwie-Verursachung. Eine Silomaschine verursachte rund ein Jahr nach dem Kauf und zwei Monate nach der Generalrevision einen Brand. Es konnte nicht festgestellt werden, weshalb es zum Brand kam. Die Gerichte gingen jedoch davon aus, dieser könne nur durch

375 BGH NJW 1997, 1853.

376 BGH NJW 1997, 1853, 1854.

377 PROSSER/KEETON, S. 244.

378 *Boyer v. Iowa High School Athletic Association*, 260 Iowa 1061, 152 N.W.2.293. (1967).

einen Konstruktionsmangel verursacht worden sein, weil die Maschine erst 960 Stunden in Gebrauch war, gut gewartet wurde und es keine Hinweise für eine fehlerhafte Benutzung der Maschine gab.[379]

## 3.2 Bei Produktefehlern

Im Produktehaftpflichtrecht ziehen die Gerichte in den verschiedenen Jurisdiktionen ähnliche Schlüsse wie im Fall der explodierenden Kaffeekanne (siehe vorne S. 12 f.). Im bekannten deutschen «Sprudelflaschenentscheid» hat der damals dreijährige Kläger eine Mehrweglimonadenflasche aus dem von der Beklagten gelieferten Limonadenkasten genommen. Als er die Mehrwegflasche in die Hand nahm, zerbarst diese und verletzte den Kläger. Die Glasreste wurden nicht sichergestellt. Der Grund für das Zerbersten der Flasche lag entweder in einem erhöhten Innendruck (zufolge geringer Befüllung) oder einem Riss im Glas. Letzterer hätte auch entstehen können, nachdem die Flasche von der Beklagten letztmalig in Verkehr gebracht wurde. Nach dem BGH muss zuerst geklärt werden, was für Sicherheitsanforderungen an die Flaschen zu stellen sind, um solche Explosionen zu verhindern. Der Soll-Standard wird anhand der technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten festgelegt. Stellt sich heraus, dass diese Vorsichtsmassnahmen den Unfall verhindert hätten, steht der kausale Produktemangel fest, unabhängig davon, ob nun die Befüllung oder ein Riss in der Flasche ursächlich war für die Explosion.[380] Kann eine solche Explosion nicht generell durch das Einhalten des Soll-Standards verhindert werden, muss Beweis darüber geführt werden, ob im konkreten Fall die geringe Befüllung oder der Riss die Flasche zum Zerbersten gebracht hat. Es spricht kein typischer Geschehensablauf dafür, dass ein Riss bereits im Zeitpunkt der Inverkehrbringung vorhanden war. Der Riss kann genauso gut nach diesem Zeitpunkt entstanden sein. Allerdings trifft die Produzentin eine weitergehende Pflicht zur Überprüfung, dass im Zeitpunkt der Inverkehrbringung kein solcher Riss besteht. Nimmt sie keine Prüfung vor, rechtfertigt es diese Pflichtverletzung, ihr die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass der Riss erst nach Inverkehrbringung entstanden ist.[381] Seit Inkrafttreten des Produkthaftungsgesetzes gilt diese Beweislastverteilung aufgrund der gesetzlichen Anordnung (§ 1 Abs. 2 und 4 des deutschen Produkthaftungsgesetzes). Insofern kann – wie schon die frühere Rechtsprechung festhält – vom Schadensereignis auf den Produktefehler

379 Cass. Civ. 1, 2 décembre 1992, 91-13.463, bull. civ. I, n°303.

380 BGH NJW 1988, 2611 E. II.1.d.

381 BGH NJW 1988, 2611 E. II.2.b.

geschlossen werden.[382] Als Indiz dient dabei, wenn das Schadensereignis mehrmals und unabhängig eintritt.[383]

Im Ergebnis entspricht dies der Rechtslage in Österreich. Der OGH bejaht in einem solchen Fall die Mangelhaftigkeit des Produkts, ohne komplizierte Überlegungen anzustellen. Das gilt jedenfalls dann, wenn eine Flasche ohne Fremdeinwirkung explodiert. Das Produkt entspricht in diesem Fall nicht den berechtigten Sicherheitserwartungen.[384] Diese Überlegung machen auch die Gerichte in Frankreich. Die Argumentation ist dabei meist sehr knapp und wenig aufschlussreich. In einem älteren Fall stellte die Vorinstanz fest, dass es nur bei einem Defekt zum Zerbersten der Flasche kommen könne. Entweder habe im konkreten Fall ein Überdruck vorgelegen oder das Glas sei defekt gewesen.[385] Dieser Schluss ist jedenfalls dann zulässig, wenn alle anderen Ursachen ausgeschlossen werden können.[386] Ähnlich ist die Argumentation im amerikanischen Recht. Im Präzedenzfall *Escola v. Coca-Cola Bottling Co. of Fresno* explodierte eine Coca-Cola Flasche in der Hand einer Kellnerin.[387] Die Überreste der Flasche wurden von einem anderen Angestellten entsorgt. Das Gericht ging davon aus, dass ein Produktionsfehler vorliegen muss und eine unzureichende Kontrolle erfolgte, weshalb die Produzentin aus *negligence* haftet.[388]

### 3.3 Bei ärztlichen Behandlungsfehlern

Im deutschen Recht kann ein Anscheinsbeweis bei Infektionen in Frage kommen. Allerdings lehnt es die deutsche Rechtsprechung ab, von der eingetre-

382 Vgl. BGH NJW 1987, 1694 E. II.b; OLG Düsseldorf NJW 1978, 1693: *«Wenn ein Operationsinstrument sieben Monate nach der Lieferung bei einer Operation bestimmungsgemäss eingesetzt wird, der Beanspruchung nicht standhält und ein Teil des Instrumentes abbricht, ist nach den Regeln des Anscheinsbeweises als erwiesen anzusehen, dass das Instrument fehlerhaft hergestellt worden ist.»*

383 BGH NJW 1969, 269 E. III.1 274.

384 OGH 6 Ob 215/11b E. 3.2; OGH 9 Ob 238/01t; OGH 4 Ob 87/97s, wonach bei einer spontanen Explosion ein Produktionsfehler (sog. «Ausreisser») vorliegen muss; vgl. ebenfalls OGH 9 Ob 60/09b, wonach ein Instruktionsfehler vorliegt, wenn die Flasche keinen Hinweis enthält, dass eine bereits geöffnete Flasche nicht zur Kühlung ins Gefrierfach gelegt werden darf, weil die Flasche zerbersten kann, wenn der Inhalt auftaut.

385 Cass. Civ. 1, 28 novembre 1966, bull. civ. I, n527°; ebenso Cass. Civ. 1, 18 janvier 1978, 75-12.485, bull. civ. I, n°27.

386 BORGHETTI, Thèse, N 319 mit Verweis auf Cass. Civ. 1, 4 décembre 1973, 70-13.808, bull. civ. I, n°337.

387 *Escola v. Coca-Cola Bottling Co.*, 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436 (1944).

388 Vgl. ebenfalls: *Myrlak v. Port Authority of New York & New Jersey*, 157 N.J. 84, 723 A.2d 45 (1999); HENDERSON/TWERSKI, S. 21 ff. JOHNSON, S. 1197 ff. Zum englischen Recht siehe *Ide v. ATB Sales Ltd* [2008] EWCA Civ 424.

tenen Infektion auf eine Sorgfaltspflichtverletzung (betreffend die Hygienemassnahmen) zu schliessen.[389] Im Unterschied zu BGE 120 II 248 genügt eine Irgendwie-Verursachung nicht, weil mehrere Ursachen möglich sind. Eine Infektion kann auch durch körpereigene Keime verursacht werden, was der Ärztin nicht anzulasten ist.[390] Erst wenn bewiesen ist, dass die behandelnde Ärztin nicht die erforderlichen Hygienemassnahmen getroffen hat und in der Folge eine Infektion auftritt, kann auf die Kausalität der fehlenden Hygiene geschlossen werden.[391] Es geht somit um den Anscheinsbeweis für einen bestimmten Faktor. Dies entspricht auch der Rechtslage in Österreich.[392] In beiden Rechtsordnungen kann aber auf die Sorgfaltswidrigkeit der Ärztin geschlossen werden, wenn die medizinische Behandlung zu einem Schaden führt, der typischerweise auf einen Behandlungsfehler zurückzuführen ist. Dies ist der Fall, wenn es sich um ein medizinisch voll beherrschbares Risiko handelt.[393] Als klassisches Beispiel wird das Zurücklassen von Wattetupfern im Körper des Patienten genannt.[394]

Im französischen Recht kommt bei gewissen Infektionen eine spezielle Haftung zur Anwendung. Das Spital haftet für alle nosokomialen Infektionen («Krankenhausinfektionen»), ausser es liegt eine *force majeure* vor.[395] Vor Einführung dieser strikten Haftung wandte der Conseil d'Etat bei öffentlichen Spitälern eine Art Anscheinsbeweis an. Das Gericht nahm an, dass die Infektion ein schuldhaftes Handeln (des Spitalpersonals) beweist, weshalb das Verschulden vermutet wurde.[396] Im angloamerikanischen Recht finden sich vor allem in den Vereinigten Staaten ebenfalls Fälle, in denen das Gericht vom Auftreten einer Infektion auf eine Sorgfaltspflichtverletzung geschlossen hat. Die Gerichte argumentierten, gestützt auf die Aussagen von *expert witnesses*, dass es in solchen Fällen nicht zu einer Infektion kommt, wenn bei der Injektion die notwendigen Hygienemassnahmen eingehalten werden.[397]

389 OLG München NJW 1985, 1403; OLG Hamm VersR 2000, 323; OLG Oldenburg VersR 1995, 786; OLG Köln VersR 1998, 1026; OLG Oldenburg VersR 1987, 390; OLG Köln NJW 1985, 1402.

390 OLG Oldenburg VersR 1995, 786.

391 OLG Düsseldorf VersR 1998, 1242; OLG Oldenburg VersR 1987, 390.

392 OGH 6 Ob 3/98d.

393 OLG Hamm VersR 1997, 1243.

394 Vgl. PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 286 N 70.

395 Art. 1142-1 Code de la santé publique.

396 GALAND-CARVAL, S. 113 f. Bei privaten Spitälern hat der Cour de cassation schon vor Inkrafttreten der gesetzlichen Gefährdungshaftung eine unwiderlegbare Vermutung für ein Verschulden angenommen.

397 *Bernard v. Bernstein, NY Slip Op 02084, 2nd* (2015); *S. Fla. Sanitarium Hosp. v. Hodge*, Fla. App. 3 Dist. 215 So.2d 753 (1968).

## 4. Interpretation in ausländischen Rechtsordnungen

### 4.1 Deutschland und Österreich: Anscheinsbeweis

In den beiden anderen deutschsprachigen Jurisdiktionen wird die Irgendwie-Verursachung ebenfalls Anscheinsbeweis genannt. Vor allem in Deutschland wird betont, dass die konkreten Umstände des typischen Geschehensablaufs nicht im Einzelnen aufgedeckt werden müssen. Konsequenz davon ist, dass auf das haftungsbegründende Tatbestandsmerkmal geschlossen wird, ohne dass sich das Gericht darauf festlegt, wie sich der Sachverhalt genau zugetragen hat. Dieser Vorgang wird *Irgendwie-Feststellung* genannt (vgl. vorne S. 53). Das Gericht stellt fest, dass ein Schadensereignis irgendwie verursacht oder verschuldet worden ist, ohne dass das fragliche Verhalten konkretisiert werden müsste.[398] Mit dieser Überlegung kann es auf ein Ist-Soll-Tatbestandsmerkmal wie die Fahrlässigkeit schliessen.[399] In Österreich ist allerdings umstritten, ob der Anscheinsbeweis beim Verschulden im Sinne einer Irgendwie-Feststellung zur Anwendung gelangen kann. Der OGH geht in neueren Entscheiden (wieder) davon aus, dass der Anscheinsbeweis nur beim Kausalzusammenhang zulässig ist.[400] Das schuldhafte Verhalten der schädigenden Partei muss hingegen bewiesen werden.[401] In anderen Urteilen wird abweichend betont, dass mit dem Anscheinsbeweis auf die Sorgfaltspflichtverletzung geschlossen werden kann.[402] Die Lehre scheint jedenfalls einstimmig davon auszugehen, dass es einen Anscheinsbeweis für das Verschulden bzw. irgendeine Fehlhandlung gibt.[403]

Teilweise wird in der Lehre betont, dass bei der Irgendwie-Verursachung höhere Anforderungen an den typischen Geschehensablauf zu stellen sind als bei der Kausalität eines bestimmten Faktors. Es könne nicht auf Wahrscheinlichkeiten abgestellt werden, sondern es müsse es sich um einen Vorgang handeln, der schon auf den ersten Blick durch Regelmässigkeit und Üblichkeit geprägt ist, sodass ein *«Fall nach Muster»* vorliege.[404] Die individuellen

398 BAUMGÄRTEL/LAUMEN, Kp. 17 N 4 m.w.H.

399 AHRENS, Kp. 16 N 24. Für die Feststellung des Verschuldens wurde der Anscheinsbeweis von den Gerichten ursprünglich entwickelt. Über die Jahre hinweg vergrösserte sich der Anwendungsbereich auf kausale Zusammenhänge, vgl. PAWLOWSKI, S. 3.

400 OGH 4 Ob 18/15y. Diese Rechtsprechung wir auch in einem sog. Rechtssatz zusammengefasst: *«Der prima facie - Beweis ist nur in der Frage des Kausalzusammenhanges zulässig»*, siehe RS0023778.

401 OGH 8 Ob 568/89.

402 OGH 4 Ob 1520/96; OGH 4 Ob 109/69.

403 HOLZHAMMER, S. 251; BUCHEGGER/MARKOWETZ, S. 276; FASCHING, N 894 f.; RECHBERGER, Anscheinsbeweis, S. 427 ff.; RECHBERGER, Fasching/Konecny, Vor § 266 N 60.

404 GREGER, Zöller ZPO, Vor § 284 N 30c.

Umstände verlieren wegen der Typizität an Bedeutung.[405] Allerdings müssen sämtliche bekannten Einzelheiten des Falles beigezogen werden, um ausschliessen zu können, dass nicht doch ein atypischer Fall vorliegt.[406]

In Deutschland bilden Strassenverkehrsunfälle ein häufiges Anwendungsgebiet. Die Rechtsprechung schliesst z.B. auf einen bei anwendbarer Sorgfalt vermeidbaren Fahrfehler, wenn ein Autolenker von der Strasse abkommt.[407] Als weiteres klassisches Beispiel ist der Anscheinsbeweis nach einem Auffahrunfall zu nennen. In der Regel schliesst die Rechtsprechung auf ein irgendwie schuldhaftes Verhalten des auffahrenden Fahrzeuglenkers.[408] Die Überlegung ist, dass es zu einem Auffahrunfall kommt, wenn der Lenker des hinteren Fahrzeugs den gebotenen Mindestabstand nicht einhält, wenn er zu schnell fährt oder nicht genügend aufmerksam ist.[409] Allerdings kann nicht auf diese Überlegung zurückgegriffen werden, wenn dem Auffahrunfall ein Spurwechsel des vorderen Fahrzeugs vorausgegangen ist, weil es dann keine Erfahrungswerte für eine unsorgfältige Fahrweise des hinteren Fahrzeuglenkers gibt.[410] Damit der Anscheinsbeweis auf diese Weise erschüttert wird, muss die Gegenpartei solche Einzelheiten des konkreten Falles im Prozess behaupten und beweisen. Es gelten damit bei der Entkräftung der Irgendwie-Verursachung dieselben Grundsätze, wie sie vorne auf S. 67 ausgeführt wurden.[411]

### 4.2 Frankreich: Kaum analysierter Vorgang

In der französischen Literatur wird die Irgendwie-Verursachung kaum analysiert und auch nicht mit einem speziellen Begriff umschrieben.[412] Manchmal werden solche Überlegungen des Gerichts wiederum als Vermutungen bezeichnet.[413] Die französischen Gerichte bejahen beispielsweise in einer

405 THOLE, Stein/Jonas, § 286 N 217.

406 LEPA, Beweiserleichterungen, S. 130 f.

407 OLG Koblenz VersR 2006, 1382, 1383; BGH VersR 1989, 1197, 1198; BGH NJW-RR 1986, 383, 384; MAASSEN, S. 61.

408 BGH NJW 2017, 1177; BGH NJW 2012, 608 N 7; BGH NJW 2011, 685 N 5 ff.; BGH NJW-RR 2007, 680 N 5. In der Schweiz gab es bis anhin nur ein höchstrichterliches Urteil zum Verschulden bei einem Auffahrunfall, siehe NEF, S. 125. Das Bundesgericht sah darin das Verschulden überwiegend beim vorderen Lastwagen, vgl. BGE 113 II 323 E. 1 und 2 S. 326 ff.

409 LAUMEN, Prütting/Gehrlein, § 286 N 28; BGH NJW-RR 1989, 670, 671.

410 BGH NJW 2012, 608.

411 Vgl. PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 286 N 67.

412 ENDRÖS, S. 73 nennt den Vorgang wie im angloamerikanischen Recht «res ipsa loquitur». BORGHETTI benutzt den Begriff «prima facie case», um den Beweismechanismus auf Englisch zu erklären, siehe VAN BOOM/ET AL., N 10/93.

413 BORGHETTI, Thèse, N 319 f.

etablierten Rechtsprechung den Kausalzusammenhang zwischen einer Hepatitis B-Impfung und dem Auftreten von Multipler Sklerose. Wenn eine Person vorher gesund ist, keine Prädisposition für Multiple Sklerose hat und ein naher zeitlicher Zusammenhang besteht, nehmen die französischen Gerichte in ständiger Rechtsprechung an, dass die Erkrankung durch die Impfung verursacht wurde.[414] Es wird auf einen (im Detail unbekannten) kausalen Produktefehler geschlossen.

### 4.3 Angloamerikanische Staaten: res ipsa loquitur-Doktrin

Die Irgendwie-Verursachung wird in den angloamerikanischen Ländern mit der sog. *«res ipsa loquitur-Doktrin»* beschrieben.[415] Diese bildet beim Schluss auf eine Abweichung vom rechtlichen Soll-Standard das «Korrelat» zum Anscheinsbeweis.[416] Ähnlich wie im deutschen Recht gibt es – vor allem in den USA – unzählige Entscheide, die sich auf die res ipsa-Doktrin abstützen.[417] Hauptanwendungsfall ist die *«tort of negligence»*. Vorausgesetzt ist, dass den Schädiger eine Sorgfaltspflicht trifft, die er verletzt hat. Zwischen dieser Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen.[418]

Typisches Merkmal dieser Fälle ist, dass sich ein Unfall ereignet hat, die Gründe aber nicht bekannt sind. Die klagende Partei kann nicht darlegen und beweisen, wie es zum Unfall kam.[419] Wie der Anscheinsbeweis erlaubt es die res ipsa-Doktrin, auf ein fahrlässiges, für die Schädigung kausales Handeln zu schliessen,[420] ohne dass die fragliche Handlung von der geschädigten Partei spezifiziert werden muss.[421] Wie im deutschen Recht schliesst das Gericht beispielsweise auf einen fahrlässigen Fahrfehler, wenn

414 Cass. Civ. 1, 22 mai 2008, 05-20.317 et 06-10-967, bull. civ. I, n°148; ebenso Cass. Civ. 1, 9 juillet 2009, 08-11073, bull. civ. I, n°1776; vgl. zur Vereinbarkeit einer solchen Schlussfolgerung mit der EU-Richtlinie, Urteil C-621/15 des EuGH vom 21. Juni 2017; auf selbe Weise schloss der Cour de Cassation auf einen Kausalzusammenhang zwischen einer Impfung und neurologischen Ausfällen, siehe Cass. Civ. 1, 25 juin 2009, 08-12.781, bull. civ. I, n°141.

415 Ebenso kennen andere Common Law-Länder wie Kanada, Australien oder Neuseeland die Doktrin, siehe SCHIFF, S. 451.

416 STEEL, Proof of Causation, S. 80 ff.; STAUCH, S. 73.

417 Siehe die Nachweise bei PROSSER, Procedural Effect, S. 241 ff.; PROSSER/KEETON, S. 242 ff.; ABLIN, S. 325 ff.

418 Statt vieler: JONES, Clerk & Lindsell on Torts, N 8-04.

419 PORAT/STEIN, S. 84 ff.; zum englischen Recht: HYDE, Charlesworth & Percy on negligence, N 6-23, 6-28; zum US-Recht: GRADY, S. 155.

420 PORAT/STEIN, S. 87; WRIGHT, Possible Wrongs, S. 1339 spricht von *«causal negligence»*.

421 WITTLIN, S. 1358 FN 150.

ein Autolenker bei guten Verhältnissen von der Strasse abkommt.[422] Die Lehre spricht von einem indirekten Beweis, der auf einer Schlussfolgerung (*«inference»*) basiert.[423]

Im Gegensatz zu den deutschsprachigen Jurisdiktionen, die nur einen typischen Geschehensablauf voraussetzen, hat die Praxis in den angloamerikanischen Staaten spezifische Voraussetzungen aus dem *case law* herausgearbeitet. Diese werden üblicherweise wie folgt zusammengefasst:[424]

1. Das schädigende Ereignis muss derart sein, dass es normalerweise nicht eintritt, wenn kein fahrlässiges Verhalten vorliegt.[425]
2. Das Schadensereignis wurde durch eine Sache verursacht, die unter der exklusiven Kontrolle der beklagten Partei steht.
3. Der Unfall ist ohne freiwillige Handlung oder Teilnahme durch die geschädigte Person erfolgt.

Gelegentlich wird noch als vierte Voraussetzung angeführt, dass sich die beklagte Partei in einer besseren Position befinden muss, um den Unfall zu erklären.[426] Im Zentrum steht die zweite Voraussetzung, dass in gewissen Situationen ein Schaden nicht eintritt, wenn sich niemand fahrlässig verhalten hat. Diese Voraussetzung entspricht dem typischen Geschehensablauf in den deutschsprachigen Jurisdiktionen. Sie setzt eine einschlägige Erfahrung voraus, welche als *«basis of past experience»* bezeichnet werden kann.[427] Im dritten, aktuellen *Restatement of the Law* des American Law Institute wird einzig diese Voraussetzung als relevant angesehen.[428]

Der Anwendungsbereich der res ipsa-Doktrin ist in gewissen Rechtsgebieten umstritten. So ist in den USA zwar anerkannt, dass in gleicher Weise auf einen schadensursächlichen Produktemangel geschlossen werden kann. Allerdings wird dieser Vorgang nicht von allen Gerichten als res ipsa loquitur bezeichnet, sondern als *«indeterminate product defect theory»* oder *«malfunction theory»*.[429] Die Voraussetzungen sind sehr ähnlich, auch wenn sie etwas anders formuliert werden: Das Schadensereignis muss einerseits von einer

422 *Eaton v. Eaton*, N.J. 575 A.2d 858, 864–65 (1990).

423 CASEY, S. 268; PROSSER, California, S. 189 ff.

424 LOPATKA/KAHN, S. 248; HYLTON, S. 139; CARPENTER, S. 520.

425 *«The accident must be of a kind which ordinarily does not occur in the absence of somebody's negligence»*, siehe statt vieler LOPATKA/KAHN, S. 248 f. m.w.H.

426 JAFFE, S. 6 f.; JAMES, S. 213; PROSSER/KEETON, S. 254; ABLIN, S. 331.

427 PROSSER, California, S. 191; HECKEL/HARPER, S. 725.

428 Beim Restatement of the Law handelt es sich um eine Art Zusammenfassung der herrschenden Gerichtspraxis. Dieses Werk ist in der Praxis sehr einflussreich.

429 Vgl. CHRISTIE/SANDERS, S. 244; HENDERSON/TWERSKI, S. 21 ff.; JOHNSON, S. 1209 ff.

solchen Art sein, wie es sich normalerweise zuträgt, wenn ein Produkt mangelhaft ist, und anderseits dürfen keine anderen Ursachen für das Schadensereignis vorliegen.[430] Beim Auffahrunfall schliesst die Rechtsprechung in den USA ebenso auf ein Irgendwie-Verschulden des hinteren Fahrzeugs. Allerdings wird diese Schlussfolgerung nicht als res ipsa loquitur bezeichnet.[431]

Die Gegenpartei hat die Möglichkeit, den mit der res ipsa-Doktrin nachgewiesenen *«prima facie case»* zu erschüttern. Welche Anforderungen an die Erschütterung zu stellen sind, hängt davon ab, welche prozessualen Konsequenzen man der res ipsa-Doktrin zurechnet (siehe dazu hinten S. 117 f.). Jedenfalls muss die haftpflichtige Partei eine alternative Erklärung offerieren, die nicht nur eine theoretische Möglichkeit darstellt.[432] In der Regel muss die haftpflichtige Person Beweise vorbringen, die für diesen alternativen Sachverhaltsablauf sprechen.[433]

## 5. Zwischenfazit

Sämtliche untersuchten Jurisdiktionen kennen beide Formen des Anscheinsbeweises. Der Anscheinsbeweis der Kausalität eines bestimmten Faktors wird im französischen Recht und im angloamerikanischen Recht kaum genauer untersucht. Die Gründe liegen wohl darin, dass es sich um eine intuitive Art der Sachverhaltsermittlung handelt. Ebenso schliessen die Gerichte in allen Jurisdiktionen vom Schadensereignis mittels einer Irgendwie-Verursachung auf eine kausale Abweichung vom Soll-Standard,[434] obwohl ein alternativer Kausalverlauf nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Will die haftpflichtige Partei diese vorläufige Schlussfolgerung umstossen, muss sie konkrete Hinweise vorbringen, die für eine alternative Erklärung sprechen. Ansonsten entscheidet das Gericht zugunsten der beweisbelasteten, geschädigten Partei.

Beide Formen des Kausalitätsbeweises werden in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich benannt und beschrieben. Teilweise wird noch weiter differenziert und die konkrete Beweiserleichterung je nach

430 Restatement (Third) of Torts: Products Liability (1997), Section 3, zitiert in HENDERSON/TWERSKI, S. 22.

431 *Martin v. Cartledge*, N.Y. App. Div. 102 A.D. 3d. 841 (2013); *Stalikas, JR v. United Materials LLC*, N.Y. App. Div. 306 A.D. 2d. 810 (2003).

432 *Widdowson v. Newgate Meat Corp* [1998] PIQR P138, wonach *«his assertion must have some colour of probability about it»*, zitiert bei JONES, Clerk & Lindsell on Torts, N 8-199.

433 Zum amerikanischen Recht: HECKEL/HARPER, S. 731; zum englischen Recht: WALTON/ET AL., N 6-47 ff.

434 WRIGHT, Facts, S. 103 N 73 geht davon aus, dass alle Jurisdiktionen res ipsa loquitur bzw. den Anscheinsbeweis kennen.

Rechtsgebiet anders umschrieben. Beispielsweise werden im österreichischen Recht die Voraussetzungen für den Schluss auf die Kausalität eines Diagnosefehlers abweichend formuliert (S. 64 f. vorne). In den USA wird zudem der Schluss auf den Produktemangel oder das Verschulden des auffahrenden Autolenkers nicht als Anwendungsfall von res ipsa loquitur angesehen. Auf diese terminologischen Differenzierungen muss nicht näher eingegangen werden, weil der Überzeugungsbildungsvorgang auf den gleichen Überlegungen basiert.[435]

## II. Komponenten der Überzeugungsbildung

Die Entscheide und ihre Interpretation fügen sich in die Erkenntnisse des 1. und 2. Kapitels nahtlos ein. Bei beiden Formen des Anscheinsbeweises spielen vier Elemente eine zentrale Rolle. Erstens gibt das materielle Recht vor, was überhaupt bewiesen werden muss. Der Anscheinsbeweis wird bei Tatbestandsmerkmalen angewandt, bei denen die Haftung an eine Ist-Soll-Diskrepanz anknüpft. Zweitens kommt der Anscheinsbeweis dann zur Anwendung, wenn Einzelheiten des konkreten Falls unbekannt bleiben und der konkrete Kausalverlauf nicht bewiesen werden kann. Diesfalls stellen die Gerichte – drittens – auf die Lebenserfahrung und allgemeine Zusammenhänge, d.h. Erfahrungssätze ab. Viertens wirken sich fehlende Informationen zum Sachverhalt zulasten der Gegenpartei aus. Will die Anscheinsbeweisgegnerin verhindern, dass das Gericht vom Allgemeinen auf den konkreten Fall schliesst, muss sie Indizien vorbringen, die für einen anderen Kausalverlauf sprechen. Diese vier Komponenten sind genauer zu untersuchen.

### 1. Materiell-rechtliche Normierung und Beweisschwierigkeiten

Die gesetzliche Normierung hat Einfluss darauf, wann und wie oft die Gerichte auf den Anscheinsbeweis zurückgreifen.[436] Offensichtlich ist das bei gesetzlichen Vermutungen. Deutsche Gerichte wenden bei der Arzthaftung heutzutage seltener einen Anscheinsbeweis an, weil der Gesetzgeber diffe-

435 Zu den Beweiserleichterungen bei der Haftung für medizinische Behandlungen siehe S. 108 ff.

436 Daneben spielt selbstverständlich auch die Prozesskultur eine Rolle. Wie oft die Gerichte auf den Anscheinsbeweis zurückgreifen müssen, hängt beispielsweise davon ab, wie häufig haftpflichtige Parteien sich gegen eine Klage zur Wehr setzen und den Kausalverlauf sowie die Abweichung vom Soll-Standard bestreiten.

renzierte *Beweisregeln* geschaffen hat (§ 630h BGB).[437] Übernimmt eine Person eine Behandlung, für die sie nicht qualifiziert ist, so wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung ursächlich war (§ 630h Abs. 4 BGB). Ebenfalls wird vermutet, dass ein grober Behandlungsfehler kausal für die Verletzung war, sofern der Fehler grundsätzlich geeignet ist, eine Verletzung von der Art der eingetretenen Schädigung zu verursachen (§ 630h Abs. 5 BGB).[438] Beide Schlussfolgerungen basieren auf der Erfahrung, dass gravierende Behandlungsfehler bzw. die Behandlung durch eine unqualifizierte Person – im Vergleich zur korrekten Behandlung – typischerweise zu Gesundheitsschäden führen. Den Schlussfolgerungen liegt damit ebenfalls ein Erfahrungssatz zugrunde.[439] Aufgrund der gesetzlichen Vermutung gelangt aber kein Anscheinsbeweis zur Anwendung.

### 1.1 Ausgestaltung des Ist-Soll-Tatbestandsmerkmals

Neben gesetzlichen Beweisregeln hat die *Ausgestaltung des Tatbestands* Einfluss darauf, ob auf den Anscheinsbeweis zurückgegriffen wird. Der Anscheinsbeweis kommt dann zur Anwendung, wenn das haftungsbegründende Tatbestandsmerkmal eine Ist-Soll-Diskrepanz erfordert. Das französische Recht knüpft bei der Haftung im Vergleich zu den anderen Rechtsordnungen weniger oft an eine Ist-Soll-Diskrepanz an. Nach art. 1242 des französischen Code civil haftet der Halter einer Sache für den Schaden, der durch diese Sache verursacht wurde. Die (bewegliche) Sache muss *keinen Mangel* aufweisen.[440] Damit wird nicht nur die Beweisführung bei diesem Tatbestandsmerkmal vereinfacht, sondern auch bei der natürlichen Kausalität. Bei deren Prüfung muss für den kontrafaktischen Vergleich nicht das rechtlich verpönte Element (z.B. ein Mangel), sondern die Sache an sich weggedacht werden.[441] Dieser Beweis ist meist einfacher zu erbringen.[442] Das Gericht muss weder auf die eine noch die andere Variante des Anscheinsbeweises zurückgreifen. Zudem vermeidet das französische Recht Beweisprobleme bei der Kausalität dadurch, dass zumindest in gewissen Fällen mit der *perte d'une chance* ein

437 LAUMEN, Arzthaftungsrecht, S. 75 ff.; BERG-WINTERS, S. 141 f.

438 Siehe z.B. für eine verpasste Diagnose: BGH NJW 2004, 2011.

439 Vgl. MUSIELAK, Kausalitätsbeweis, S. 472; a.A. BRINKMANN, lex fori-Prinzip, S. 484.

440 VINEY/JOURDAIN/CARVAL, N 658. Bei einer beweglichen Sache wird zudem die Kausalität vermutet, wenn die Sache in Bewegung war. Bei einer unbeweglichen Sache muss dafür ein Mangel vorliegen, vgl. MORÉTEAU, N 1-121.

441 Exemplarisch Cass. Civ. 2, 1 juillet 1976, 74-11.460, bull. civ. II, n°425: Es war lediglich erstellt, dass das an einem Gleis spielende Kind von einem Metallteil getroffen wurde, das von einem Zug stammt.

442 Ähnlich VERGÈS/VIAL/LECLERC, S. 236.

anderes Schadenskonzept angewandt wird.[443] Dabei muss nicht die Kausalität nachgewiesen werden, sondern es genügt eine bestimmte Verursachungswahrscheinlichkeit. Das Gericht kann der geschädigten Partei proportional zu dieser Wahrscheinlichkeit Schadensersatz zusprechen.[444] Deutlich wird diese Beweiserleichterung bei der Ärztehaftpflicht.[445] Zwar ist immer noch ein Kausalzusammenhang zwischen der «faute» und der entgangenen (Heilungs-)Chance erforderlich.[446] Die Kausalität zwischen Behandlungsfehler und entgangener Chance ist jedoch viel einfacher zu erbringen als die Ursächlichkeit des Fehlers für die körperliche Schädigung.[447]

Ähnliches zeigt sich auch bei der Produktehaftung. Wird das Tatbestandsmerkmal «Produktefehler» – wie z.B. im österreichischen und französischen Recht – grosszügig ausgelegt, kann allein aus der Tatsache, dass die Mineralwasserflasche explodiert ist, die Subsumtion vorgenommen werden. Von einer Irgendwie-Verursachung muss nicht gesprochen werden, weil die Ursache für das Zerbersten der Flasche aus rechtlicher Sicht keine Rolle spielt.

Die Relevanz der konkreten Anforderungen des Soll-Standards zeigt sich auch exemplarisch in einem Entscheid des OLG Koblenz. Das Gericht musste über einen nahezu identischen Sachverhalt wie in BGE 63 II 95 entscheiden. Ein (normalgewichtiger) Elektriker stürzte von einem Baugerüst, weil eine Leiter brach. Zwischen den Parteien war streitig, weshalb es zum Bruch der Leiter kam. Nach der älteren Rechtsprechung kommt in diesem Fall – wie im schweizerischen Entscheid – ein Anscheinsbeweis zur Anwendung, dass der Unfall durch die Schadhaftigkeit der Leiter verursacht wurde.[448] Das dennoch durchgeführte Beweisverfahren ergab, dass nach der anwendbaren DIN-Norm eine Leiter auch bei ungünstigen statischen Bedingungen bis zu einer Belastung von 150 kg nicht brechen darf. Das OLG setzte den Soll-Standard entsprechend der DIN-Norm fest. Aus dem Sachverhalt ergab sich deshalb direkt, dass die Leiter nicht dem Soll-Standard entsprach, weil sie bei einer geringeren Gewichtsbelastung brach. Selbst wenn der Geschädigte – wie der Haftpflichtige vorbrachte – einen Misstritt gemacht hätte und deshalb ausgeglitten wäre, hätte eine mangelfreie Leiter nicht brechen

443 BOUTONNET, N 1168 m.w.H.

444 EHLGEN, S. 11.

445 KHOURY, S. 110 ff.

446 MÜLLER, CHRISTOPH, S. 30.

447 Vgl. KHOURY, S. 132: «*The real impact of the concept is still that the judge can ignore his doubts with respect to causation and grant partial recovery despite uncertainty remaining as to the causal link between the fault and the final and concrete damage.*» Ähnlich KINSCH, S. 468; EHLGEN, S. 16.

448 BGH VersR 1964, 390.

dürfen.[449]. Werden strenge, konkrete Anforderungen gestellt, kann sich bereits aus dem Unfallhergang ergeben, dass der Soll-Standard nicht eingehalten ist.

Im Gegensatz zu einer «opferfreundlichen» Normierung können notorische Beweisschwierigkeiten bereits in der Norm angelegt sein.[450] In Deutschland greifen die Gerichte oftmals bei der Fahrlässigkeit auf den Anscheinsbeweis zurück. Es können folgende Beispiele genannt werden.

- Stolpert jemand auf einer Treppe und hält sich an einer anderen Person fest, um sich aufzufangen und stürzen in der Folge beide, spricht ein Anscheinsbeweis für das Verschulden der stolpernden Person.[451]
- Es spricht ein Anscheinsbeweis für das Verschulden, wenn ein Auto auf dem Gehsteig fährt.[452]
- Das Einschlafen am Steuer (Sekundenschlaf) begründet einen Anscheinsbeweis des Verschuldens.[453]
- Das Verschulden der Ärztin wird mit einem Anscheinsbeweis nachgewiesen, wenn bei einer Operation Gegenstände im Körper des Patienten zurückgelassen werden.[454]

Zumindest aus schweizerischer Perspektive muss in solchen Fällen nicht von einem Anscheinsbeweis für ein fahrlässiges Verhalten gesprochen werden, weil aus diesem Ablauf bereits auf die Sorgfaltswidrigkeit geschlossen werden kann.[455] Ein durchschnittlich vorsichtiger Automobilist fährt nicht auf dem Trottoir[456] oder eine durchschnittliche Chirurgin vergisst keine Gegen-

449 OLG Koblenz NJW-RR 1988, 1486.

450 Vgl. PAPANIKOLAOU, S. 31.

451 OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 1313; vgl. zu einem ähnlichen Fall: Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 5. November 1999, E. 3c, BJM 2001 S. 296 ff., das ein Verschulden hingegen verneint.

452 OLG Hamburg VersR 1956, 718.

453 OLG Jena OLG-NL 2003, 80.

454 KATZENMEIER, S. 435 f. Im englischen Recht stellt die Rechtsprechung in einem solchen Fall ebenfalls auf die res ipsa-Doktrin ab, siehe *Mahon v. Osborne* [1939] 2 KB 14.

455 Bei der Chirurgin, die einen Gegenstand im Körper des Patienten vergisst, scheint dies wohl auch der Ansicht in Österreich zu entsprechen, siehe OGH 7 Ob 255/07m, wonach ein Kunstfehler vorliegt, wenn ein Bauchtuch zurückgelassen wird.

456 Das Verschulden wird per se bejaht, wenn eine Verkehrsregel verletzt wird, siehe Urteil 4A_83/2015 des BGers vom 15. Juni 2015, E. 3.1; BREHM, Roland, Art. 41 OR N 173. Ähnlich ist die Rechtslage in solchen Fällen im US-amerikanischen Recht, dort spricht man von *«negligence per se»*, siehe statt vieler: ABRAHAM, Negligence, S. 1207. Anders hingegen das Regionalgericht Plessur, wonach bei einer Verletzung des Rechtsvortritts ebenso nur ein Anscheinsbeweis für das Verschulden spricht, siehe Urteil des Bezirksgerichtsausschusses Plessur vom 11. September 2003, SG 2006 Nr. 1579, E. 4b.

stände im Körper des Patienten. In solchen Fällen liegt – nach schweizerischem Verständnis – gar keine Irgendwie-Verursachung vor, weil sich aus dem äusseren Ablauf bereits die vom Gesetz geforderte ursächliche Ist-Soll-Diskrepanz ergibt.[457] Der Automobilist ist übermüdet gefahren und ist deshalb eingeschlafen; die Ärztin hat ihre Hilfsmittel nach der Operation nicht gezählt.

Der Fahrlässigkeitsbegriff in Deutschland stellt hingegen auf zwei Komponenten ab: Es muss sowohl die *«äussere»* Sorgfalt (die sich nach aussen manifestierende Abweichung vom Durchschnittsverhalten) sowie die *«innere»* Sorgfalt (d.h. die intellektuelle Vorhersehbarkeit des Schadensereignisses, wobei von einem objektiv-durchschnittlichen Menschen auszugehen ist) verletzt sein.[458] Diese inneren Vorgänge einer Durchschnittsperson sind gar nicht beweisbar, weshalb sich das Gericht auf die Lebenserfahrung verlassen muss.[459] Erfahrungssätze erleichtern die Beweisführung, weil in solchen Fällen die Vorhersehbarkeit für einen durchschnittlichen Menschen gegeben ist.[460] Unter der Annahme, dass die konkrete Person über durchschnittliche Fähigkeiten verfügt, kann die Fahrlässigkeit bei Verstössen gegen Schutzgesetze zumindest vorläufig als fahrlässig qualifiziert werden.[461] Zeigt die schädigende Person auf, weshalb es ihr nicht möglich war, den objektiven

457 Vgl. zu solchen Fällen des «Anscheinsbeweises»: HAINMÜLLER, S. 221 ff.; MUSIELAK, Beweislast, S. 90 f.; ähnlich der österreichische OGH 2 Ob 91/98s: Ein Skifahrer fuhr mit 40 km/h, verlor die Kontrolle über seine Ski und fuhr in einen anderen, stillstehenden Skifahrer: *«Selbst wenn man angesichts dieser Feststellungen nicht schon den (vollen) Beweis des Verschuldens des Beklagten als erbracht ansieht, ist jedenfalls der Anscheinsbeweis zulässig, weil die Lebenserfahrung dafür spricht, dass ein Skifahrer sich schuldhaft verhalten hat, wenn er die Herrschaft über seine Skier verliert.»*

458 KOLB, S. 19; DEUTSCH, Obligationenrecht, S. 109 f.; WAGNER, Münchener Kommentar BGB, § 823 N 30 ff., der darauf hinweist, dass im Detail umstritten ist, was unter den Begriffen zu verstehen ist.

459 Mit dem Anscheinsbeweis kann auch auf andere interne Vorgänge (z.B. in einem Unternehmen) geschlossen werden, welche die geschädigte Person nicht kennt, siehe ÖRY, S. 125 ff. Auf innere Tatsachen wie die Willensbildung einer *konkreten* Person schliesst die Rechtsprechung in Deutschland allerdings nur sehr zurückhaltend, vgl. BGH NJW 1988, 2040. Ebenso lehnt es die Rechtsprechung ab, mit einem Anscheinsbeweis auf grobe Fahrlässigkeit zu schliessen, weil dafür ein individueller Willensentschluss und eine subjektive Sorglosigkeit erforderlich sind, siehe THOLE, Stein/Jonas, § 286 N 228.

460 KOLB, S. 119; DEUTSCH, Neues Schuldrecht, S. 891; BGH NJW 1981, 1603, 1606. Vgl. dazu auch die Ausführungen des österreichischen OGH 1 Ob 2029/96f wonach ein wichtiger Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises dort liege, wo *«typische Verhaltensweisen stets gleichartige und zuverlässige Schlüsse auf bestimmte innere Zustände eines Menschen (Verschulden) zulassen»*.

461 HENSEN/KELLER, S. 3751; BGH NJW 1986, 2757: *«Die Verletzung der äusseren Sorgfalt indiziert entweder die der inneren Sorgfalt oder es spricht ein Anscheinsbeweis für die Verletzung der inneren Sorgfalt.»*

Massstab einzuhalten, ist der Anscheinsbeweis erschüttert.[462] Wie vorne dargelegt, kann die Vorhersehbarkeit zwar auch im schweizerischen Recht als Kriterium dienen, um den Soll-Standard festzulegen (S. 51). Die Rechtsprechung zieht dieses Kriterium aber nicht immer bei und verneint die Vorhersehbarkeit ohnehin nur selten.[463]

Zusammengefasst lässt sich festhalten: Je mehr Elemente erforderlich sind, damit der Soll-Standard gewahrt wird, und je schwieriger deshalb der Beweis der Ist-Soll-Diskrepanz wird, desto häufiger müssen die Gerichte auf einen Anscheinsbeweis (der Fahrlässigkeit) zurückgreifen. Bei solchen Tatbestandsmerkmalen ergibt sich bei der Irgendwie-Feststellung ein *«breites Spektrum»*, bei dem unterschiedlich viele Informationen über den Ist-Zustand vorliegen. Gemeinsam ist diesen, dass nicht sämtliche Tatsachen bekannt sind, die für die Subsumtion grundsätzlich benötigt werden. Im schweizerischen Recht beschränkt sich der Anscheinsbeweis auf die Fälle einer «echten» Irgendwie-Verursachung, in denen der äussere Ablauf, d.h. das Verhalten der haftpflichtigen Partei oder die Eigenschaften des Werks bzw. Produkts, unbekannt bleiben, obwohl diese Tatsachen rechtlich relevant sind.[464]

### 1.2 Beweisschwierigkeiten: Legitimation für den Anscheinsbeweis

Beim Anscheinsbeweis knüpft die Haftung an eine Ist-Soll-Diskrepanz an. Eine solche Normierung stellt gewissermassen die rechtliche Ausgangslage dar. Die geschädigte Partei hat dabei Probleme, den Kausalzusammenhang zwischen der Abweichung vom Soll-Standard und dem Schadensereignis zu beweisen. Diese Schwierigkeiten sind unterschiedlicher Natur. Bei der Irgendwie-Verursachung weiss die klagende Partei nicht, wie sich der Sachverhalt zugetragen hat. Auf die entsprechenden Konzepte (res ipsa-Doktrin bzw. Irgendwie-Fahrlässigkeit) wird zurückgegriffen, wenn *«the full facts surrounding a given [...] injury will remain obscure»*.[465] Bei der Kausalität eines bestimmten Faktors weiss die geschädigte Partei zwar, was aus ihrer Sicht das Schadensereignis verursacht hat, sie verfügt aber nicht über die notwendigen Beweismittel, um den Kausalverlauf (mittels Indizien) zu beweisen.[466]

462 Vgl. PAWLOWSKI, S. 58 ff.; DIEDERICHSEN, S. 60.

463 SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, N 676 f.

464 Im Unterschied zu einer Gefährdungshaftung.

465 STAUCH, S. 70; vgl. ebenfalls PORAT/STEIN, S. 84, wonach *«other evidence that could shed light on the course of the events is unavailable»*; LEPA, Anscheinsbeweis, S. 389 f.

466 MUMMENHOFF, S. 123, spricht von einer «Beweislücke»; KOLLHOSSER, S. 47 von einer «Lücke in der Kausalkette», wenn das Gericht «die konkrete Verschuldenshandlung oder die Einzelheiten der Kausalkette» nicht rekonstruieren kann. Ähnlich geht KHOURY, S. 143, davon aus, dass die Kausalität *«cannot be demonstrated under the traditional rules of evidence»*.

Der Anscheinsbeweis kommt dabei nicht nur bei «typischen» Beweisschwierigkeiten zur Anwendung. In gewissen Fällen – z.B. Autounfällen nach Verkehrsregelverletzungen und Stürzen bei Werkmängeln – bereitet der Kausalitätsbeweis kein grundsätzliches Problem. Im Normalfall kann das Gericht mithilfe von verschiedenen Beweismitteln wie Partei- und Zeugenaussagen, Augenscheinen und Gutachten an Indizien gelangen, welche den Schluss auf die Kausalität zulassen. Greift das Gericht auf einen Anscheinsbeweis zurück, sind die Beweisschwierigkeiten der *konkreten Situation* geschuldet, weil über die Umstände des Schadenereignisses wenig bekannt ist. Exemplarisch zeigt sich das in jenen Fällen, in denen die geschädigte Person beim Unfall starb und deshalb keine Angaben über dessen Entstehung machen kann, oder wenn das Werk respektive das Produkt zerstört und entsorgt wurde. Zumindest die geschädigte Partei verfügt über keine Informationen, weshalb es zum Unfall kam.[467]

### 1.3 Prozessuale Regeln zur Informationsbeschaffung

Ob sich aus den nur beschränkt vorhandenen Informationen Beweisschwierigkeiten ergeben, hängt – wie dargelegt – von der Ausgestaltung des Ist-Soll-Tatbestands ab. Sind die unbekannten oder schwierig nachzuweisenden Sachverhaltselemente nicht rechtserheblich, kommt es auch nicht zu Beweisschwierigkeiten. Allerdings können nicht nur die Tatbestandsmerkmale, sondern auch die prozessualen Regeln zu diesen Schwierigkeiten führen.[468] Beispielsweise lässt die deutsche ZPO die Parteivernehmung nur eingeschränkt zu.[469] Selbst wenn die geschädigte Partei weiss, wie es zum Unfall kam (z.B. Ausrutschen auf dem Glatteis), kann sie diesen Vorgang nur behaupten, nicht aber ohne Weiteres mit ihrer eigenen Aussage beweisen. Ein anderes Beispiel ist die im Jahr 1987 aufgegebene «Beifahrerrechtsprechung» des BGH. Bei Autounfällen wurden Zeugenaussagen des Beifahrers des geschädigten Automobilisten bis dahin nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen überhaupt berücksichtigt.[470] Das Gericht konnte damals

467 ROMMÉ, S. 136 spricht von einem *«schwächeren Zugriff auf das Beweisthema»*.

468 Vgl. LOUISELL/WILLIAMS, S. 254 f.

469 Für die Parteiaussage gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder gibt die Gegenpartei ihr Einverständnis zur Befragung der beweisbelasteten Partei (§ 447 D-ZPO) oder das Gericht kann die Partei von Amtes wegen vernehmen, *«wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen»* (§ 448 D-ZPO).

470 Die Aussagen der Insassen von unfallbeteiligten Fahrzeugen wurden nur dann berücksichtigt, wenn sonstige objektive Anhaltspunkte für deren Richtigkeit sprachen, vgl. dazu BGH NJW 1988, 566; GREGER, Zeuge, S. 13.

die Aussagen nicht frei würdigen, sondern war gezwungen, auf den Erfahrungssatz abzustellen. In der Schweiz muss (und kann) sich das Gericht in solchen Fällen nicht mit allgemeinen Erfahrungswerten begnügen.[471] Partei- und Zeugenaussagen sind ganz normale Beweismittel. Die Erfahrungssätze werden bei der Beweiswürdigung zwar ebenfalls berücksichtigt. Ein Anscheinsbeweis im eigentlichen Sinne scheidet aber aus, wenn mithilfe von solchen Beweismitteln genauere Informationen über den konkreten Sachhergang gewonnen werden.

Im deutschen Zivilprozess gilt überdies – zumindest im Grundsatz – eine Art nemo tenetur-Grundsatz.[472] Soweit keine materielle Auskunftspflicht besteht, muss keine Prozesspartei *«dem Gegner für seinen Prozesssieg das Material […] verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt»*.[473] Vor allem mit der Irgendwie-Verursachung mildert der Anscheinsbeweis die Folgen dieser fehlenden Mitwirkungspflicht, weil die Anscheinsbeweisgegnerin gezwungen wird, die Einzelheiten des Falls aufzudecken. Auf dieser Überlegung scheint auch die Rechtsprechung des österreichischen OGH zu basieren. Der Gerichtshof sieht den Rückgriff auf den Anscheinsbeweis als gerechtfertigt, *«wenn es sich um Umstände handelt, die allein in der Sphäre des anderen liegen und daher nur ihm bekannt und auch nur durch ihn beweisbar sind»*.[474] Im schweizerischen Recht kann es bei Geltung der Verhandlungsmaxime zu denselben Schwierigkeiten kommen und der Anscheinsbeweis kann dieselbe Funktion wahrnehmen. Im Vergleich dazu hat die res ipsa-Doktrin im angloamerikanischen Recht seit der Einführung des discovery-Verfahrens an Bedeutung eingebüsst, weil die geschädigte Person vor dem eigentlichen Gerichtsverfahren Einblick in die Sphäre des Schädigers erhält.[475]

Die Ausgestaltung der Haftungstatbestandsmerkmale und der prozessualen Regeln zur Tatsachenermittlung beeinflusst, wie oft Sachverhaltslücken und Beweisschwierigkeiten entstehen und die Gerichte auf den Anscheinsbeweis zurückgreifen. Diese Schwierigkeiten haben – und das zeigt sich in allen untersuchten Rechtsordnungen – unerwartete Auswirkungen. Obwohl allenfalls wichtige Informationen zum konkreten Fall unbekannt bleiben, entscheidet das Gericht zugunsten der beweisbelasteten, geschädigten Partei, indem es auf allgemeine Zusammenhänge – Erfahrungssätze – abstellt.

471 Siehe zur Parteibefragung: BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 333.

472 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 110 N 9.

473 BGH NJW 1990, 3151; vgl. auch BGH NJW 2000, 1108, 1109; BGH NJW 1997, 128.

474 Statt vieler: OGH 3 Ob 18/00v; OGH 6 Ob 145/03x.

475 ALFTER, S. 322; LOUISELL/WILLIAMS, S. 254; MAASSEN, S. 138.

## 1.4 Subsidiarität des Anscheinsbeweises

Das Abstellen auf allgemeine Zusammenhänge setzt voraus, dass die geschädigte Partei alle ihr bekannten Informationen im Verfahren vorbringt.[476] Das Gericht wird sich nicht auf den Erfahrungssatz verlassen, wenn es zur Überzeugung gelangt, dass die geschädigte Partei mehr Details zum Unfallgeschehen in den Prozess hätte einbringen können.[477] Nur bei *unverschuldetem* Fehlen von Indizien und Beweismitteln bilden die Gerichte ihre Überzeugung allein mit dem Erfahrungssatz.[478] Bei Erfahrungssätzen handelt es sich zwar nicht um «minderwertige» Erkenntnismittel. Erfahrungssätze werden nicht nur beim Anscheinsbeweis, sondern bei der Würdigung der verschiedenen Indizien und Beweismitteln beigezogen, um die gerichtliche Überzeugung von der Wahrheit einer Tatsache zu begründen.[479] Allerdings ist das Gericht der Wahrheitsfindung verpflichtet und die Parteien haben ein Recht auf Beweis. Daraus ergibt sich für das Gericht die Pflicht, den Sachverhalt möglichst genau, d.h. mit Indizien und Beweismitteln i.S.v. Art. 168 ff. ZPO, zu erstellen.[480] Gibt es solche Indizien oder hält die beweisbelastete Partei diese bewusst zurück, darf sich das Gericht nicht auf allgemeine Erkenntnisregeln beschränken.[481] Der Anscheinsbeweis setzt damit entgegen einiger Lehrmeinungen[482] eine – von der beweisbelasteten Partei unverschuldete – Beweis-

476 Vgl. zu Ausführungen zum Unfallhergang: Urteil 4A_33/2015 des BGers vom 9. Juni 2015, Sachverhalt A., E. 5 und 6.

477 A.A. RUSCH, S. 345, der den Anscheinsbeweis so interpretiert, dass damit der Beweiswürdigungsvorgang vereinfacht wird und die Einzelheiten des Falles bewusst ausgeblendet werden. Allerdings würden die Gerichte in der Schweiz in solchen Fällen wohl meist davon ausgehen, dass die geschädigte Partei den Sachverhalt nicht genügend substantiiert behauptet hat. Alternativ könnte man das fehlende Vorbringen von Einzelheiten als Indiz ansehen, dass es sich vorliegend eben doch anders verhält, als die geschädigte Partei behauptet, vgl. KAYE, Probability Theory, S. 1475.

478 MUMMENHOFF, S. 149; WALTER, Anwendungsbereich, S. 283; BGH NJW 1998, 79, 81, wonach ein Anscheinsbeweis ausgeschlossen ist, wenn sich die beweisbelastete Partei ohne Grund geweigert hat, die Beweismittel zu sichern. Ebenso PROSSER, California, S. 202.

479 Z.B. bei der Würdigung von Zeugenaussagen, siehe hinten S. 176.

480 Gemäss GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 198 darf dann nicht ersatzweise auf den Erfahrungssatz zurückgegriffen werden, wenn *«präzisere Ermittlungen für den Einzelfall (prozessual) möglich sind»*.

481 Ähnlich: BGE 107 II 269 E. 2b S. 274 f.; BGE 120 II 97 E. 2b S. 99. Siehe zum Kausalitätsbeweis, BGE 109 II 304 E. 4 S. 310 ff.

482 WALTER, Anscheinsbeweis, S. 453; DERSELBE, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 79; BRÖNNIMANN, Anscheinsbeweis, S. 23; KLETT, S. 23, die Beweisschwierigkeiten nicht als Voraussetzung ansehen, sondern nur als typische Eigenschaft des Anscheinsbeweises, ebenso zum deutschen Recht: BAUMGÄRTEL/LAUMEN, Kp. 17 N 30.

not voraus.[483] Sind genauere Indizien oder Beweismittel vorhanden, kann sich das Gericht nicht damit begnügen, auf den allgemeinen Erfahrungssatz abzustellen.[484] Man könnte deshalb auch von der *«Subsidiarität»* des Anscheinsbeweises sprechen.[485]

In der deutschen und schweizerischen Lehre wird zwar teilweise behauptet, dass der Beweis immer noch auf gewöhnliche Weise erbracht werden kann, wenn der Anscheinsbeweises aufgrund eines ungenügenden Erfahrungssatzes scheitert oder von der Gegenpartei erschüttert wird.[486] Dieses Vorhaben kann aber nicht gelingen, weil die geschädigte Partei ihr «Beweispotenzial» bereits ausgeschöpft hat.[487] Das Gericht stellt nur deshalb auf den Erfahrungssatz ab, weil konkrete Indizien fehlen. Eine «gewöhnliche» Beweisführung ist gerade nicht möglich.

## 2. Kern des Anscheinsbeweises: Typischer Geschehensablauf

In der Schweiz wie auch in den ausländischen Rechtsordnungen ziehen die Gerichte dieselben Schlussfolgerungen. Basierend auf einem Indiz (dem Schadensereignis bei der Irgendwie-Verursachung und der präsumtiven Ursache bei der Kausalität eines bekannten Faktors) wird mithilfe von Erfahrungssätzen auf einen Kausalverlauf geschlossen. Wie vorne auf S. 23 dargelegt, muss geklärt werden, welche Aussage diese Erfahrungssätze treffen.

### 2.1 Notwendigkeit von Aussagen zur «generellen Kausalität»

Ausgangspunkt bildet die Frage, wie die Kausalität überhaupt bewiesen werden kann. Beim Kausalitätsbeweis wird zwischen dem allgemeinen Zusammenhang von zwei Ereignissen (sog. *generelle Kausalität*) und demjenigen

483 HONSELL, Urteilsbesprechung, S. 229; UMBACH/WEBER, S. 134; zum deutschen Recht: ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 114 N 33, die zumindest bei der Irgendwie-Verursachung eine *«objektive Beweisnot»* voraussetzen; HAINMÜLLER, S. 25, 85, 170; DIEDERICHSEN, S. 64, 66.

484 Vgl. LEPA, Beweiserleichterungen, S. 131, wonach das Detail des Geschehensablaufs der *«Feind des Anscheinsbeweises»* ist.

485 BREHM, Wolfgang, S. 204 f.; ROMMÉ, S. 177 f.

486 SUMMERMATTER, S. 581; BRÖNNIMANN, Anscheinsbeweis, S. 25 f.; KUMMER, Berner Kommentar 1962, Art. 8 ZGB N 366; zum deutschen Recht: WAHRENDORF, S. 37; REHBINDER, S. 191; OBERHEIM, S. 920.

487 Dies gilt zumindest dann, wenn man den Begriff Anscheinsbeweis nur für den Beweis einer kausalen Ist-Soll-Diskrepanz verwendet. Bei natürlichen Vermutungen ist eine solche Beweisführung zumindest dann möglich, wenn nicht aufgrund von Beweisschwierigkeiten, sondern aus prozessökonomischen Gründen auf die Vermutung zurückgegriffen wird, siehe dazu hinten S. 149.

von zwei konkreten Ereignissen unterschieden (sog. *konkrete Kausalität*).[488] Bei der generellen Kausalität wird geklärt, ob Handlung x das Ereignis y verursachen *kann*.[489] Die konkrete Kausalität fragt, ob im zu beurteilenden Fall Handlung x das Ereignis y verursacht *hat*.[490] In einem Prozess besteht das Ziel darin, die konkrete Kausalität festzustellen.[491] Die konkrete Kausalität kann aber nur mit Erkenntnissen über die generelle Kausalität- d.h. einem Erfahrungssatz – festgestellt werden.[492] Das gilt nicht nur für die Fälle des Anscheinsbeweises, sondern bei jedem Kausalitätsbeweis.

#### a Bildung von Erfahrungssätzen

Wie ein konkreter Kausalzusammenhang lässt sich auch die generelle Kausalität nicht «direkt» beweisen. Dennoch basieren Erkenntnisse über die Kausalität auf Beobachtungen. Mittels eines Induktionsschlusses wird aus beobachteten Einzelereignissen[493] eine abstrakte Regel abgeleitet.[494] Die damit gebildeten Erfahrungssätze unterscheiden sich – abhängig von der Kohärenz und Homogenität der beobachteten Einzelereignisse – in ihrer Gültigkeit und Verlässlichkeit sowie in ihrem Bekanntheitsgrad.[495] Empirisch beobachten lassen sich bei der Kausalität – wie vorne auf S. 47 bereits erwähnt – folgende drei Elemente: räumliches und zeitliches Zusammentreffen (sog. Kontiguität), zeitliche Priorität der Ursache und die Wiederholung dieses Vorgangs (sog. «constant conjunction»).[496]

Über diese empirischen Elemente können Informationen in Form von Wahrscheinlichkeiten vorhanden sein. In einer bestimmten Anzahl von Fällen geht das Ereignis x dem Ereignis y voraus oder umgekehrt ist bekannt,

---

488 GRÄNS, S. 124; STEEL, Proof of Causation, S. 67 ff.; WALKER, S. 383; MUMMENHOFF, S. 31, der statt von genereller Kausalität von Schadensneigung spricht.

489 HART/HONORÉ, S. 408; TURTON, S. 91.

490 STEEL, Proof of Causation, S. 6.

491 DERSELBE, Proof of Causation, S. 6, 76.

492 HART/HONORÉ, S. 10.

493 Bei den Einzelereignissen handelt es sich nicht um konkrete Tatsachen zum im Prozess strittigen Fall, sondern um «vorbestehende» Tatsachen, vgl. KONZEN, S. 343.

494 SCHWEIZER, Habil., S. 368; ROMMÉ, S. 7; STEIN, S. 20 ff.; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 319; KONZEN, S. 342 f.; vgl. BGE 69 II 202 E. 5 S. 205. Zu den Voraussetzungen eines idealen Experiments, um auf die generelle Kausalität schliessen zu können, siehe WALKER, S. 424 f.

495 Hinzu kommt das sog. Induktionsproblem. Dieses ist grundlegender Natur: Der aus einer beschränkten Zahl von Beobachtungen gebildete Satz ist nicht zwingend wahr, siehe dazu ROMMÉ, S. 9 f.

496 HUME, S. 11 f.; SCHULIN, S. 48 spricht von Regelmässigkeit.

wie oft Gegebenheit x vorlag, wenn y eingetreten ist.[497] Mehrheitlich werden diese Zusammenhänge aber nicht systematisch «beobachtet», sondern mithilfe der Lebenserfahrung abgeschätzt.[498] Beim Anscheinsbeweis fehlen genaue Informationen, wie häufig die empirisch feststellbaren Elemente vorkommen.

Damit – im Sinne des conditio-Tests – von Kausalität gesprochen werden kann, kommt noch ein nichtempirisches Element hinzu, der «Glaube», dass die Ursache *notwendig* ist, damit die Wirkung eintritt.[499] Diese Überzeugung wird durch Erschliessen gewonnen.[500] Dabei hilft die wiederholte Beobachtung des Vorgangs. Wird eine bestimmte Abfolge (Ereignis y folgt auf Faktor x) häufig beobachtet, kann es sich nicht um einen reinen Zufall handeln.[501] Zwischen den Ereignissen besteht dann entweder eine Kausalbeziehung, oder die beiden Ereignisse werden beide von einem Drittereignis verursacht.[502] Um diese beiden Alternativen unterscheiden zu können, kann es hilfreich sein, den Wirkungsmechanismus zu verstehen.[503] Im Erfahrungssatz ist nicht die Kenntnis über den zugrundeliegenden Mechanismus, d.h. die vorne in angesprochene kausale Erklärung, enthalten.[504] Zwar existiert wohl bei jeder einzelnen einem Erfahrungssatz zugrundeliegenden Beobachtung eine kausale Erklärung.[505] Wie vorne ausgeführt, muss in der Praxis allerdings nicht auf ein derart komplexes Kausalitätsverständnis zurückgegriffen werden (S. 45 ff.). In der Regel können Richterinnen und Richter die «Notwendigkeit» eines Faktors für das Ereignis beurteilen, ohne ein genaues Verständnis von der «Kausalität» zu haben.

### b Mögliche Aussagen von Erfahrungssätzen

Um auf die konkrete Kausalität zu schliessen, werden unterschiedliche Arten von Erfahrungssätzen beigezogen. Ein Experte kann mithilfe der Bewegungsgesetze von Newton beurteilen, ob ein Autofahrer (bei pflichtgemässer

497 HART/HONORÉ, S. 408 f.

498 Vgl. WALKER, S. 389 f.; zu Erfahrungssätzen im Allgemeinen: VETTER/PEYER, S. 766; BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.16; LEU, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 151 N 22; PASQUIER, Dissertation, N 218.

499 TURTON, S. 39 m.w.H.

500 STEEL, Proof of Causation, S. 66; ABRAHAM, Self-Proving Causation, S. 1814 ff.

501 Z.B. ist bekannt, dass Asbest Brustfellkrebs verursacht, auch wenn der genaue Wirkungsmechanismus unbekannt ist, siehe STEEL, Proof of Causation, S. 69.

502 RÖCKRATH, S. 70; WALKER, S. 425 f.

503 RÖCKRATH, S. 71.

504 STEEL, Proof of Causation, S. 69.

505 Vgl. WRIGHT, Clarifying the Concepts, S. 1049.

Aufmerksamkeit) rechtzeitig hätte bremsen und damit eine Kollision hätte verhindern können.[506] Diese «mathematischen» Naturgesetze machen keine direkten Aussagen zum interessierenden generellen Zusammenhang zwischen zwei Ereignissen (Unaufmerksamkeit beim Autofahren und Unfall oder pflichtgemässe Aufmerksamkeit und Nicht-Unfall), sondern erlauben, es mithilfe von entsprechendem «Spezialwissen» sowie konkreten Informationen zum Sachverhalt (z.B. Autotyp, Fahrgeschwindigkeit, Strassenverhältnisse, Reaktionszeit) zu einer Antwort zu gelangen. Eine Unfallanalytikerin kann auf diese Weise die Frage beantworten, ob der Lenker hätte rechtzeitig bremsen können, wenn er mit einer (vom Gericht festgelegten) angemessenen Geschwindigkeit unterwegs gewesen wäre. Als Grundlage für den Anscheinsbeweis scheiden solche Naturgesetze aus. Sie sind mathematisch-abstrakter Natur und ihre Anwendung auf den konkreten Fall erfordert besondere Fähigkeiten.

Im Unterschied zu abstrakten Naturgesetzen gibt es Erfahrungssätze, die Aussagen zum Zusammenhang von zwei konkreten Ereignissen machen (z.B. Geschwindigkeitsüberschreitung und Herrschaft über Fahrzeug verlieren). Diese Aussagen können unterschiedlicher Natur sein. Der Erfahrungssatz kann die Aussage machen, dass x immer y verursacht (z.B. eine gewisse Dosis Arsen führt zum Tod eines Menschen).[507] Solche Erfahrungssätze werden im deutschen Recht als *«deterministische Erfahrungssätze»* bezeichnet,[508] weil sie – zumindest aufgrund der bisherigen Beobachtungen – immer korrekt sind.[509] Aus diesem Grund ist es unproblematisch, wenn das Gericht mithilfe eines solchen Erfahrungssatzes von Tatsache x auf Tatsache y schliesst.[510] Wenn der Erfahrungssatz in jedem Fall wahr ist, ist es auch der konkrete Schluss.[511] In der Praxis kommt es hingegen kaum vor, dass das Gericht auf derart zuverlässige Erfahrungssätze abstellen kann.[512]

506 STEEL, Proof of Causation, S. 68.

507 DERSELBE, Proof of Causation, S. 69.

508 RÜSSMANN, Alternativkommentar ZPO, § 286 N 6; HAINMÜLLER, S. 27 spricht von *«absoluten Erfahrungssätzen»*; PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 286 N 59 von *«zwingenden Erfahrungsgesetzen»*.

509 Einige Autoren argumentieren, dass die konkrete Kausalität nur mithilfe von deterministischen Erfahrungssätzen bewiesen werden kann. Diese Autoren stellen auf eine Kausalerklärung im Sinne des Hempel-Oppenheim-Schemas ab, siehe dazu die überzeugende Kritik von RÖCKRATH, S. 47 ff.

510 Es handelt sich dann um ein deduktives Argument, siehe KAYE, Law and Science, S. 316.

511 SCHULIN, S. 89; MUMMENHOFF, S. 78; vgl. ebenfalls ROMMÉ, S. 15.

512 HERBERGER/SIMON, S. 358.

Häufig verfügt das Gericht nur über das Wissen, dass Faktor x das Ereignis y in einer gewissen Anzahl von Fällen verursacht.[513] Es handelt sich um sog. *«statistische Erfahrungssätze»*. Wie dargelegt, können diese tatsächlich auf einer Statistik, d.h. einer systematischen Beobachtung, beruhen und eine Aussage über die frequentistische Wahrscheinlichkeit machen (x führt in [z] % der Fälle zu y). Oftmals sind solche Erkenntnisse aber nicht vorhanden.[514] Das Gericht schätzt die Parameter nur ungefähr – anhand der Lebenserfahrung – ab. Die Sätze haben dann die Form «wenn x dann [immer / oft / meist / manchmal / selten / nie] y».[515] Ein Anscheinsbeweis beruht auf statistischen Erfahrungssätzen.

### 2.2 Beweis konkreter Kausalität

Lehre und Rechtsprechung betonen, dass der Kausalitätsbeweis immer schwierig zu erbringen ist.[516] Für diese These spricht zwar, dass in einem praktischen Fall kaum jemals ein deterministisches Kausalgesetz Anwendung findet. Allerdings ergeben sich daraus nicht zwingend unüberwindliche Beweisprobleme. In gewissen Fällen lässt sich der reale Vorgang relativ genau «beobachten» (z.B. der Zeuge sah, wie die haftpflichtige Partei die Vase umstiess).[517] Zwar kann man nicht sagen, dass die Kausalität an sich beobachtet wurde. Zumindest die reale Kausalkette ist dann jedoch offensichtlich gegeben und deren Beweis bietet wenig Probleme.[518]

In anderen unproblematischen Konstellationen ist zwar nur ein statistischer Erfahrungssatz zwischen dem Faktor und dem Ergebnis vorhanden, allerdings können sämtliche alternativen Ursachen ausgeschlossen werden.[519] Die Bedeutung dieses Ausschlussverfahrens wird vor allem im französischen Recht betont. Wenn die anderen in Frage kommenden Ursachen ausgeschlossen werden können, ist auch nicht entscheidend, ob der Erfahrungs-

513 STEEL, Proof of Causation, S. 68; RÖCKRATH, S. 55 schliesst daraus, dass der juristische Kausalbegriff ein «probabilistischer» ist.

514 WALTER, Anwendungsbereich, S. 280 f. betont, dass überhaupt nur dann ein Erfahrungssatz vorliegen könne, wenn dieser zumindest wissenschaftlich überprüfbar ist, es also zumindest möglich wäre, eine Statistik zu erstellen.

515 SIEGRIST, S. 212; vgl. zum englischen Recht: BEX, S. 18, m.w.H.

516 Z.B. Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 4.4.2.1; SUMMERMATTER, S. 377; REICHART, S. 141 zur Kausalität bei Verantwortlichkeitsklagen.

517 STEEL, Proof of Causation, S. 67.

518 RÖCKRATH, S. 57 spricht von einfachen Fällen.

519 HART/HONORÉ, S. 49; WRIGHT, Clarifying the Concepts, S. 1046; MUMMENHOFF, S. 143; RÖCKRATH, S. 55; EHLGEN, S. 34 f.; a.A. SCHULIN, S. 89, der davon ausgeht, dass im Grundsatz nur deterministische Gesetze den Kausalitätsbeweis erbringen.

satz für eine sehr hohe oder eine tiefe Wahrscheinlichkeit spricht, dass die präsumtive Ursache zum schädigenden Ereignis geführt hat.[520] Es sind lediglich die Anforderungen an den Ausschluss höher, wenn nur eine tiefe Ausgangswahrscheinlichkeit für die Kausalität spricht.[521]

Illustrativ zeigt sich das «Ausschliessen» in einem alten Entscheid des Bundesgerichts. Der Geschädigte erkrankte an Pocken. Theoretisch sind zwei Möglichkeiten denkbar, wie er sich angesteckt hat. Eine Übertragungsmöglichkeit bestand darin, dass Pockenviren an der Baumwolle waren, die er bei seiner Arbeit in einer Spinnerei verarbeiten musste. Diese Ansteckungsart war theoretisch möglich, kam aber sehr selten vor. Zudem hat sich in der Fabrik kein anderer Arbeitnehmer angesteckt. Alternativ könnte sich der Geschädigte ausserhalb seines Arbeitsplatzes bei anderen Infizierten angesteckt haben. Allerdings gab es in der Schweiz seit längerer Zeit keinen bekannten Pockenfall mehr, weshalb diese Ansteckungskette realistischerweise ausgeschlossen werden konnte.[522] Damit war bewiesen, dass sich der Geschädigte am Arbeitsplatz angesteckt hat.[523] Bei gewissen Fällen ist diese Herangehensweise sogar typisch, z.B. bei Brandursachen.[524]

Beim Anscheinsbeweis wäre eine Beweisführung mit einer Art «Beobachtung» in verschiedenen Fällen denkbar. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn ein (verlässlicher) Zeuge beobachtet hätte, wie die geschädigte Person auf dem Glatteis ausgerutscht ist oder wie das Auto bei überhöhter Geschwindigkeit in einer Kurve aus der Fahrbahn ausgebrochen ist. In diesen Fällen würden dann zumindest konkrete Indizien den Schluss auf die Kausalität stützen. Allerdings fehlt es beim Anscheinsbeweis gerade an solchen Beweismitteln (siehe vorne S. 88 f.), weshalb die (konkrete) Kausalität mit statistischen Erfahrungsätzen erschlossen werden muss.[525] Alternative Ursachen können jedoch nicht ausgeschlossen werden. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Lenker nicht wegen der Geschwindigkeitsüberschreitung die Kontrolle über das Fahrzeug verloren hat, sondern weil er eingeschlafen ist, weil er einer Fussgängerin ausweichen musste oder weil sich auf der Strasse zuvor ein Ölunfall ereignete und die Reifen des Autos deshalb die

520 RÖCKRATH, S. 55 f.; EHLGEN, S. 35.

521 RÖCKRATH, S. 65 f.; HART/HONORÉ, S. 48 ff.; EHLGEN, S. 35.

522 BGE 45 II 92 E. 2 S. 97 f. Siehe auch das Beispiel von WEBER, S. 244 f.

523 Ähnlich ging der BGH im sog. Holzmittelschutz-Entscheid vor, vgl. BGH NJW 1995, 2930.

524 Vgl. BGE 47 II 408 E. 2 S. 410 f.; siehe zum österreichischen Recht: OGH 3 Ob 572/87; zum deutschen Recht: BGH r + s 2010, 172.

525 Klassisches Beispiel hierfür sind Schlussfolgerungen auf die Kausalität von toxischen Substanzen für Gesundheitsschäden, vgl. GOLD, S. 380.

Bodenhaftung verloren. Bekannt ist einzig, dass für alternative Kausalverläufe keine Hinweise vorliegen. Damit scheiden die (relativ) sicheren Methoden für den Kausalitätsbeweis aus, weshalb von einem (unsicheren) statistischen Erfahrungssatz auf die Kausalität geschlossen werden muss.

Unter welchen Voraussetzungen man vom statistischen Erfahrungssatz auf die konkrete Kausalität schliessen darf, stellt ein grundlegendes Problem beim Kausalitätsbeweis dar.[526] Mit anderen Worten stellt sich – bezogen auf den Anscheinsbeweis – die Frage, weshalb man vom «typischen» auf den konkreten Fall schliessen darf. Dieses Problem wird in der angloamerikanischen Literatur mit der Frage umrissen, inwiefern ein Kausalitätsbeweis mit «Statistiken» geführt werden kann.[527] Das Thema wird meist bei epidemiologischen Zusammenhängen diskutiert (z.B. ob eine Krankheit des Klägers durch die Exposition mit einem toxischen Stoff verursacht wurde).[528] Im deutschen Recht wird das Problem beim Beweismass verortet.[529] Ob es sich beim Erfahrungssatz tatsächlich um eine Statistik handelt oder um eine anhand der gerichtlichen Erfahrung vorgenommene Wahrscheinlichkeitsschätzung, spielt für die «Grundsatzfrage», ob vom Allgemeinen auf den konkreten Fall geschlossen werden kann, hingegen keine Rolle.[530]

Das Problem lässt sich am besten an einem Beispiel erläutern.[531] Eine Ampel hat nicht funktioniert, weshalb zwei Fahrzeuge kollidierten. Das beklagte Gemeinwesen bringt vor, dass das Auto ohnehin nicht hätte bremsen können, auch wenn die Ampel funktioniert hätte. Das Gemeinwesen bestreitet also, dass das Einhalten des Soll-Standards das Schadensereignis verhindert hätte.[532] Um die Kausalitätsfrage zu klären, können in der Regel (von einer sachverständigen Person) verschiedene Parameter beigezogen werden. Es wird berücksichtigt, mit welcher Geschwindigkeit das Auto unterwegs war, wie schnell das Auto bremsen kann und wie die Reaktionsgeschwindigkeit des Fahrers ist. Im Normalfall kann damit die kontrafaktische

526 RÖCKRATH, S. 47; vgl. EHLGEN, S. 25, wonach bei probabilistischen Zusammenhängen gerade nicht klar ist, dass die Bedingung für das Ergebnis notwendig war, weil die Folge auch ausbleiben kann.

527 Siehe z.B.: WRIGHT, Clarifying the Concepts, S. 1049 ff.

528 Vor allem beim Kausalitätsbeweis von giftigen Stoffen für Erkrankungen muss auf Statistiken abgestellt werden, vgl. GOLD, S. 379 f.

529 Konkret ist – insbesondere beim Anscheinsbeweis – umstritten, ob damit die nach dem anwendbaren Beweismass notwendige Überzeugung erzeugt werden kann, siehe dazu hinten S. 125 ff.

530 Vgl. STEEL, Proof of Causation, S. 80; PORAT/STEIN, S. 87.

531 GOLD, S. 382 ff.

532 In der Terminologie der h.L. macht es den Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens geltend.

Kausalitätsfrage einigermassen plausibel beantwortet werden. In diesem Beispiel – wie auch beim Anscheinsbeweis – sind aber solche Informationen nicht erhältlich. Das Gericht konnte lediglich den Erfahrungssatz ermitteln, dass 53 % der Autos in dieser Situation bremsen können, wenn die Ampel funktioniert hätte. Es sind dann zwei Schlussfolgerungen möglich: Einerseits kann das Gericht argumentieren, dass es zwar weiss, dass 53 % der Fahrzeuge hätten anhalten können, aber unbekannt ist, in welche Kategorie das Unfallfahrzeug fällt, weshalb der Beweis misslungen ist. Anderseits könnte das Gericht annehmen, dass die Mehrheit der Fahrzeuge hätte anhalten können. Ohne abweichende Hinweise, ist davon auszugehen, dass es sich um ein «typisches» Auto handelt, welches stoppen hätte können.[533] Ob der Beweis dann gelungen ist, bestimmt das anwendbare Beweismass.

Offensichtlich basiert der Anscheinsbeweis auf der zweiten Überlegung. Die statistische Wahrscheinlichkeit wird von den Gerichten zur persönlichen Überzeugung für den konkreten Fall übernommen.[534] Aus der Aussage, dass Faktor x in [z] % der Fälle Ereignis y verursacht, wird geschlossen, dass die Wahrscheinlichkeit für die Kausalität im konkreten Fall ebenfalls [z] % beträgt. Zwar wird teilweise betont, dass ein (Kausalitäts-)Beweis nicht mit «nackten Statistiken» geführt werden kann.[535] Wie der Anscheinsbeweis zeigt, ist das Vorgehen aus praktischer Sicht jedoch anerkannt. Wenn genauere Informationen fehlen, ist es vernünftig, auf diese Wahrscheinlichkeitsaussage abzustellen.[536] Das gilt selbstverständlich nur dann, wenn Erfahrungssatz und zu beurteilender Sachverhalt übereinstimmen. Erfahrungssätze geben eine Auskunft über die relative Häufigkeit von Kausalverläufen. Einerseits müssen die Einzelereignisse, aus denen die Statistik bzw. der Erfahrungssatz gebildet wird, dieselben Eigenschaften aufweisen (sog. Referenzklassenproblem[537]). Anderseits muss der zu beurteilende Fall «gleich» sein wie die dem Erfahrungssatz zugrundeliegenden Ereignisse.[538] Anders

533 GOLD, S. 383 f.; vgl. auch WALKER, S. 384.

534 Vgl. ROMERIO, S. 152.

535 Z.B.: WRIGHT, Clarifying the Concepts, S. 1062

536 Vgl. SCHWEIZER, Habil., S. 351 ff.; TRIBE, S. 1346 ff.; BENDER, S. 265; MAASSEN, S. 61. Siehe dazu schon SIEGRIST, S. 201: *«Wenn z.B. der Erfahrungssatz dahin lautet, dass erfahrungsgemäss die Tatsache a in 9 von 10 Fällen [...] die Folge b nach sich zieht, so kann in concreto aus dem Vorhandensein der Tatsache a geschlossen werden, dass die Tatsche b sehr wahrscheinlich, d.h. mit 90 % Sicherheit eingetreten, also vorhanden ist.»*

537 Dabei handelt es sich um ein grundsätzliches Problem der Statistik. Allerdings gibt es keine eigentliche Lösung. Bei der Beweiswürdigung kann nicht auf Erfahrungssätze verzichtet werden, vgl. dazu und zum Umgang mit dem Referenzklassenproblem: SCHWEIZER, Habil., S. 367 f., 385 ff.; WALKER, S. 444 ff.

538 SCHWEIZER, Habil., S. 363 ff.; MUSIELAK/STADLER, S. 586.

ausgedrückt, muss der konkrete Fall alle Merkmale des Erfahrungssatzes aufweisen.[539] Nur in diesem Fall ist es gerechtfertigt, die generelle Wahrscheinlichkeit als subjektive Überzeugung für den konkreten Kausalitätsbeweis zu übernehmen.[540]

### 2.3 Aussage des typischen Geschehensablaufs

Mit der Feststellung, dass vom «Allgemeinen» auf den konkreten Fall geschlossen werden kann, ist aber noch nicht gesagt, welche «generelle» (Wahrscheinlichkeits-)Aussage der «typische Geschehensablauf» überhaupt macht. Aus der Rechtsprechung in den deutschsprachigen Jurisdiktionen geht das nicht klar hervor. So geht es nach der Rechtsprechung in den deutschsprachigen Jurisdiktionen darum,

- dass der Sachverhalt nach allgemeiner Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder einen bestimmten Ablauf hinweist;[541]
- dass im konkreten Fall ein derartiger, typischer Ablauf und nicht ein atypischer gegeben ist[542] oder
- dass die Typizität des rechtserheblichen Geschehens nach der Lebenserfahrung die Tatsache als wahr erscheinen lässt, weil Abweichendes ausserhalb jeder vernünftigen Betrachtungsweise liegt.[543]

Ebenso äussert sich die Lehre meist nur sehr vage zur Aussage des Erfahrungssatzes.[544] Welche Wahrscheinlichkeitsaussagen der typische Geschehensablauf macht, wird offengelassen.[545]

#### a Bei der Kausalität eines bestimmten Faktors

Bis anhin wurde der Schluss auf die konkrete Kausalität immer so beschrieben, dass er mit einem Erfahrungssatz erfolgt, der eine Aussage trifft, wie häufig Faktor x das Ereignis y verursacht. Der Erfahrungssatz beschreibt

539 MUSIELAK, Beweislast, S. 88; KOLLHOSSER, S. 47; vgl. WALKER, S. 439 ff.

540 SCHWEIZER, Habil., S. 354 ff.

541 Siehe statt vieler: BGH NJW 2010, 1072 m.w.H.

542 OGH 1 Ob1/88.

543 Urteil 4A_262/2016, des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 4.4.2.1.

544 Vgl. die Umschreibungen von DUTTIG, S. 98; OBERHEIM, S. 918 f.; FOERSTE, Musielak/Voit, § 286 N 23, wonach der typische Geschehensablauf *«nach der Lebenserfahrung mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Ursache oder Folge hinweist»*. Zum schweizerischen Recht: siehe z.B. UMBACH/WEBER, S. 135: *«Der mittels Anscheinsbeweises etablierte Geschehnisablauf muss nur (aber immerhin) insofern typisch sein, als er erfahrungsgemäss relativ zu anderen möglichen Geschehnisabläufen häufiger, d.h. überwiegend wahrscheinlich ist.»*

545 Z.B. SUMMERMATTER, S. 574 ff.; ENGELS, S. 22 ff.; EHLGEN, S. 158.

demnach den Zusammenhang bei der realen *oder* der hypothetischen Kausalkette. Meist genügt denn auch ein solcher Erfahrungssatz, um die kontrafaktische Prüfung durchzuführen, d.h., die natürliche Kausalität zu beweisen. So lässt sich häufig von der realen auf die hypothetische Kausalkette schliessen. Wenn das Gericht zum Schluss gelangt, dass Asbest (wahrscheinlich) zur Krebserkrankung des Arbeitnehmers geführt hat, kann es auch beurteilen, was passiert wäre, wenn die Arbeitgeberin den Soll-Standard eingehalten hätte (z.B. der Arbeitnehmer nicht mit Asbest in Kontakt gekommen wäre). Ebenso sind meist keine Überlegungen zum hypothetischen Kausalverlauf notwendig, wenn nur eine sehr kleine Wahrscheinlichkeit für den realen Zusammenhang besteht. Das Wissen über den realen Zusammenhang ermöglicht es in solchen Fällen, die mit dem conditio-Test gestellte, kontrafaktische Frage zu beantworten.[546] In anderen Fällen – z.B. demjenigen der defekten Ampel (S. 95 f.) – konzentriert sich die Kausalitätsprüfung auf eine Aussage zum hypothetischen Kausalverlauf.[547]

Beim Anscheinsbeweis der Kausalität eines bestimmten Faktors genügt es allerdings nicht, nur auf *einen* Erfahrungssatz zurückzugreifen. Der Erfahrungssatz zu einer Kausalkette ist zu wenig aufschlussreich. Wie vorne festgestellt (S. 23), führt nur eine geringe Prozentzahl von Geschwindigkeitsüberschreitungen zu Selbstunfällen. Das Gericht verfügt zudem über keine Statistik, die eine Aussage dazu trifft, bei welchem Prozentsatz von Selbstunfällen die vorangehende Geschwindigkeitsüberschreitung kausal war für den Unfall. Ebenso kann das Gericht diese relative Häufigkeit in einer Fallgruppe schlicht nicht abschätzen. So ist für die Schadensneigung nämlich das konkrete Ausmass der Geschwindigkeitsüberschreitung entscheidend. Ob die Abweichung vom Soll-Standard ursächlich war für das Schadensereignis, kann das Gericht nur mithilfe von kontrafaktischen Überlegungen beantworten.[548]

Das zeigt sich in den gerichtlichen Erwägungen. In *Reynolds v. Texas & Pacific Railway Company* hat der Court of Appeals of Louisiana darauf abgestellt, dass die schlechte Treppenbeleuchtung das Risiko für den Schadenseintritt *«greatly multiplied»* hat. Dieselbe Überlegung hat der österreichische OGH angestellt, wenn er ausführt, dass bei einer genügend sicheren Treppe eine durchschnittliche Person nicht hinfällt, während ein Sturz bei

546 Vgl. Urteil 4A_458/2008 des BGers vom 21. Januar 2009, E. 3 und 4.

547 Typischerweise trifft dies auf Unterlassungen zu.

548 Dasselbe gilt für Unterlassungen, wobei aufgrund des hier vertretenen Verständnisses des conditio-Tests kein grundsätzlicher Unterschied zwischen aktivem Tun und Unterlassen besteht.

einer mangelhaften Treppe der Lebenserfahrung entspricht.[549] Ohne dies klar zu sagen, stellen auch die Gerichte in Deutschland auf diese Überlegung ab. Deutlich zeigt sich das beim Schluss auf die Kausalität bei Verletzung von Schutzgesetzen und Unfallverhütungsvorschriften. Solche Normen dienen schliesslich dazu, das Risiko eines Schadensereignisses zu minimieren. Abweichungen davon gehen immer mit einer erhöhten Schadensneigung einher. Deutlich wird dies auch bei der gesetzlichen Vermutung im Arzthaftungsrecht: Grobe Behandlungsfehler erhöhen die Wahrscheinlichkeit einer körperlichen Schädigung dermassen, dass das Gesetz gar eine Beweislastumkehr anordnet.

Die «Typizität» des Geschehensablaufs ergibt sich demnach aus dem kontrafaktischen Vergleich des Ist-Zustands und dem Soll-Standard:

- Ein Lenker, der mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit unterwegs ist, verliert deutlich häufiger die Kontrolle über das Fahrzeug als ein Lenker, der mit angemessener Geschwindigkeit fährt.
- Eine Person, die eine unbeleuchtete Treppe hinuntersteigt, stürzt deutlich häufiger, als wenn sie eine beleuchtete Treppe hinuntersteigt.
- Wird eine Diagnose zu spät gestellt, führt das in deutlich mehr Fällen zum Tod des Patienten, als wenn die Diagnose rechtzeitig gestellt wird.

Das Gericht stellt demnach auf die Überlegung ab, dass der bestimmte Faktor (der Ist-Zustand) viel häufiger zum Schadensereignis führt als der Soll-Standard. Je grösser die Abweichung vom Soll-Standard ist, desto höher das Schadensrisiko.[550] Das Gericht begnügt sich mit einer solchen Aussage, weil es die Verursachungswahrscheinlichkeit nicht genauer abschätzen kann. Der Anscheinsbeweis setzt voraus, dass die Abweichung vom Soll-Standard die Schadenswahrscheinlichkeit derart erhöht, dass der Ist-Zustand gerade als typische Ursache bezeichnet werden muss.

#### b Bei der Irgendwie-Verursachung

Bereits bei der Untersuchung des Beweisgegenstandes wurde festgestellt, dass die Gerichte bei der Irgendwie-Verursachung auf verschiedene Weise argumentieren (S. 54 f.). Das Gericht kann zum Schluss kommen, dass es nur

549 Siehe vorne S. 62 f.

550 Jede Abweichung vom Soll-Standard geht mit einer erhöhten Schadenstendenz einher. Allerdings kann der Kausalzusammenhang im Normalfall nicht allein deshalb vermutete werden, Vgl. Urteil 4A_87/2019 des BGers vom 2. September 2019, E. 4.1.3.2. Z.B. war die Abweichung vom Soll-Standard im Urteil 4A_521/2013 des BGers vom 9. April 2014, E. 1.2 zu wenig gross. In diesem Fall war ein Geländer lediglich 10 cm weniger hoch als gemäss den aktuellsten SIA-Normen gefordert.

eine begrenzte Anzahl realistischer «Ursachen» für das Schadensereignis gibt. In diesen Fällen braucht das Gericht also einen Erfahrungssatz der Form «Ereignis y wird von Faktor v, x oder z verursacht». Als Beispiel für diese Argumentation kann das gebrochene Gerüstbrett genannt werden.[551] Die Überzeugungsbildung mit solchen Erfahrungssätzen ist nicht zu beanstanden. Nur die Faktoren x, v und z, welche allesamt nicht dem Soll-Standard entsprechen, verursachen das Schadensereignis. Beim Einhalten des Soll-Standards kommt es nicht zum Schadensereignis. Das Problem liegt aber darin, dass in den meisten Fällen der Irgendwie-Verursachung kein derartiger Erfahrungssatz existiert. In vielen Situationen ist es nicht ausgeschlossen, dass es auch zum Schadensereignis kommen kann, wenn sich die präsumtiv haftpflichtige Partei rechtskonform verhalten hat. Beispielsweise können Auffahrunfälle auch passieren, wenn das vordere Fahrzeug unerwartet abbremst. Infektionen können auch durch körpereigene Bakterien verursacht werden und nicht nur durch Hygienemängel.

Wie beim Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors wird in der deutschsprachigen Lehre die Wahrscheinlichkeitsaussage des typischen Geschehensablaufs selten genau benannt.[552] Es wird vordergründig nicht mit der hypothetischen Kausalkette argumentiert, sondern mit der Häufigkeit des Ereignisses in der Fallgruppe.[553] Wenn zu prüfen ist, ob ein (irgendwie) fahrlässiges Verhalten dazu geführt hat, dass der Lenker bei guten Bedingungen von der Strasse abgekommen ist, schätzt das Gericht die Wahrscheinlichkeit, welcher Prozentsatz solcher Unfälle durch fahrlässiges Verhalten verursacht wird.[554]

Anders ist der Ansatz im angloamerikanischen Recht. Die Rechtsprechung greift auf den Erfahrungssatz zur hypothetischen Kausalkette zurück. Die Doktrin setzt voraus, dass ein Schadensereignis normalerweise nicht eintritt, wenn kein fahrlässiges Verhalten vorliegt (*«does ordinarily not occur in the absence of negligence»*). Im Gegensatz zur Kausalität eines bestimmten Faktors

551 Ein Brett bricht, wenn es zu dünn ist, morsch ist oder fehlerhaft am Gerüst befestigt wurde, vgl. Urteil 4A_189/2018 des BGers, siehe S. 56 f. Im Gegensatz dazu kam im vergleichbaren deutschen Fall eine Ursache in Frage, die keine Abweichung vom Soll-Standard darstellt (Belastung durch Kanthölzer). Aus diesem Grund hat der BGH die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, vgl. vorne S. 71.

552 Vgl. vorne S. 97 sowie z.B.: PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 286 N 50, wonach es sich beim typischen Geschehensablauf um einen *«sich aus der Lebenserfahrung bestätigenden gleichförmigen Vorgang»* handelt; mit der hypothetischen Kausalkette hingegen argumentierend: STAUCH, S. 73. Das hängt auch damit zusammen, dass der Fahrlässigkeitsanscheinsbeweis, wie vorne auf S. 83 ff. beschrieben, ein breiteres Anwendungsfeld hat.

553 MUSIELAK/STADLER, S. 586.

554 MAASSEN, S. 61; MUSIELAK, Beweislast, S. 92 ff.

wird lediglich auf einen Erfahrungssatz über die hypothetische Kausalkette abgestellt.[555] Der Erfahrungssatz trifft eine Aussage darüber, wie oft der Soll-Standard zum Schadensereignis führt. In den vorne besprochenen Entscheiden stellte auch der BGH stillschweigend auf eine solche Überlegung ab. Beim «Sprudelwasserfall» hätte die Vorinstanz – nach Ansicht des BGH – prüfen müssen, ob es Vorsichtsmassnahmen gegeben hätte, die das Zerbersten der Flasche verhindert hätte (vgl. vorne S. 72 f.).

Allerdings ist es problematisch, wenn das Gericht seine Überzeugung lediglich aus der Wahrscheinlichkeitsaussage zur hypothetischen Kausalkette bildet. Aus dem Wissen, dass der Soll-Standard selten zum Schadensereignis führt, kann nach den Regeln der Logik nicht geschlossen werden, dass das Schadensereignis mit grosser Wahrscheinlichkeit durch eine Abweichung vom Soll-Standard verursacht wurde. Der Erfahrungssatz macht keine Aussage darüber, wie häufig die Abweichung vom Soll-Standard zum Schadensereignis führt.[556]

Mit dieser Problematik und der korrekten Einschätzung von Wahrscheinlichkeiten haben sich die – vor allem im angloamerikanischen Raum angesiedelten – *«New Evidence Scholars»* auseinandergesetzt. Diese beweisrechtliche Strömung will die gerichtliche Überzeugungsbildung mit der Wahrscheinlichkeitsrechnung erklären. Diese «Mathematiker» betonen, dass das Gericht die Wahrscheinlichkeit einer kausalen Ist-Soll-Diskrepanz abschätzen muss, im Wissen darum, dass das Schadensereignis eingetreten ist. Entscheidend ist also die *bedingte Wahrscheinlichkeit*, dass bei gegebenem Schadensereignis eine Abweichung vom rechtlich Gebotenen das Schadensereignis verursacht hat.[557] Idealerweise würde das Gericht einen Erfahrungssatz beiziehen, der eine Aussage über die bedingte Wahrscheinlichkeit der Ursache bei gegebener Folge macht.[558]

Das im deutschen Recht erwähnte Kriterium der «Häufigkeit in einer Fallgruppe» geht also davon aus, dass diese bedingte Wahrscheinlichkeit abgeschätzt werden kann.[559] Allerdings ist Vorsicht geboten. Selbst «offizielle» Statistiken äussern sich meist nur zur bedingten Wahrscheinlichkeit der Folge bei gegebener Ursache (und nicht umgekehrt).[560] Dasselbe gilt für die

555 Vgl. HENKE, S. 171.

556 FARLEY THORNE, S. 111 f.

557 KAYE, Probability Theory, S. 1466.

558 SCHWEIZER, Habil., S. 389.

559 DERSELBE, Habil., S. 389.

560 Vgl. GELMAN/IMBENS, S. 2; SCHWEIZER, Habil., S. 389; KAYE, Probability Theory, S. 1471 f. geht davon aus, dass diese Wahrscheinlichkeit zumindest in gewissen Fällen geschätzt werden kann, allenfalls mithilfe eines Experten.

Erfahrungssätze, die aus der Lebenserfahrung gewonnen werden. SCHWEIZER nennt dafür folgendes Beispiel: Ein nach links abbiegendes Fahrzeug kollidiert seitlich mit einem in derselben Richtung fahrenden Auto, welches gerade am Überholen ist. Möchte das Gericht nun auf die Fahrlässigkeit des abbiegenden Lenkers (das Unterlassen des Schulterblicks beim Abbiegen) schliessen, müsste es auf einen Erfahrungssatz abstellen, dass die bedingte Wahrscheinlichkeit sehr hoch ist, dass der Lenker den Schulterblick unterlassen hat, wenn sich ein solcher Unfall ereignet. Allerdings ist es nicht plausibel, dass das Gericht tatsächlich über derartige Kenntnisse verfügt. Dafür müsste es Kenntnis einer statistischen Kohorte mit solchen Unfällen haben, und es müsste die Prozentzahl der linksabbiegenden Fahrzeuglenker bekannt sein, die den Schulterblick unterlassen haben. Es erscheint naheliegender, dass das Gericht in solchen Fällen auf das Wissen abstellt, dass die Wahrscheinlichkeit eines Unfalls gering ist, wenn der Lenker den Kontrollblick vornimmt, respektive dass die Wahrscheinlichkeit eher hoch ist, wenn er den Schulterblick unterlässt.[561]

Wenn die bedingte Wahrscheinlichkeit der Ursache bei gegebener Wirkung nicht direkt bekannt ist, lässt sich diese – aus mathematischer Sicht – mithilfe von anderen Angaben berechnen. Einerseits ist die (Anfangs-)Wahrscheinlichkeit entscheidend, dass das Verhalten der haftpflichtigen Person dem Soll-Standard entspricht bzw. das Verhalten vom Soll-Standard abweicht.[562] Anderseits ist entscheidend, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Soll-Standard das Schadensereignis verursacht und mit welcher Wahrscheinlichkeit eine negative Abweichung davon das Schadensereignis verursacht.[563] Damit kann die bedingte Wahrscheinlichkeit berechnet werden, dass sich der Schädiger bei gegebenem Schadensereignis unsorgfältig verhalten hat.

Das Problem besteht allerdings darin, dass sich die Anfangswahrscheinlichkeit bei der Irgendwie-Verursachung kaum abschätzen lässt. Über den konkreten Fall sind nur wenige Details bekannt. Ebenso gibt es keinen «Erfahrungssatz», wie sich die haftpflichtige Person normalerweise verhält (z.B. bei welcher Prozentzahl von Operationen die Ärztin gegen die ärztliche Kunst verstösst).[564] Aus diesem Grund ist es nachvollziehbar, wenn die Gerichte die

561 SCHWEIZER, Habil., S. 390 f.

562 Die Wahrscheinlichkeit von P (Nicht-Soll-Standard) entspricht dann 1 – P (Soll-Standard). Bei der Kausalität des bestimmten Faktors muss diese Wahrscheinlichkeit nicht beachtet werden, weil der Ist-Zustand bewiesen ist.

563 Vgl. KAYE, Probability Theory, S. 1473; SCHWEIZER, Habil., S. 133 ff.; DERSELBE, Kognitive Täuschungen, N 391.

564 Gl.M.: BERGER-STEINER, Kausalitätsbeweis, S. 28; a.A.: SCHWEIZER, Habil., S. 358, der davon ausgeht, dass man nur sehr selten gar nichts weiss über die Anfangswahr-

Anfangswahrscheinlichkeit der (Un-)Sorgfalt vernachlässigen. Aus «mathematischer» Sicht ist dieses Vorgehen jedoch nicht korrekt.[565] Zumindest wenn die Vernachlässigung unbewusst erfolgt, liegt der sog. *«base rate neglect»* vor, d.h. eine Art kognitive Täuschung.[566] Nach hier vertretener Meinung werden die negativen Konsequenzen von den New Evidence Scholars etwas überschätzt. Die Verzerrung ist nämlich dann besonders gross, wenn die Anfangswahrscheinlichkeit für eine Abweichung vom Soll-Standard sehr klein ist; d.h., wenn es sehr unplausibel ist, dass sich die haftpflichtige Person sorgfaltswidrig verhalten hat. In solchen Fällen werden die meisten Gerichte allerdings intuitiv nicht auf die Irgendwie-Verursachung zurückgreifen.

KAYE akzeptiert denn auch, dass man bei der Irgendwie-Verursachung diese Anfangswahrscheinlichkeit vernachlässigt.[567] Gemäss dem Autor ist zumindest die Wahrscheinlichkeit des Schadensereignisses bei gegebener Unsorgfalt zu berücksichtigen.[568] Dieser Ansicht nach darf mit der res ipsa-Doktrin bzw. einem Anscheinsbeweis auf die Irgendwie-Verursachung geschlossen werden, wenn die Wahrscheinlichkeit für das Schadensereignis bei gegebener Sorgfalt viel kleiner ist als die Wahrscheinlichkeit bei gegebener Unsorgfalt.[569] Damit würde dieselbe Überlegung angestellt wie beim Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors.

Allerdings bestehen bei der Irgendwie-Verursachung keine Kenntnisse über die konkrete Handlung der haftpflichtigen Partei oder den Zustand der Sache. Weil die konkrete Abweichung vom Soll-Standard nicht bekannt ist, kann auch nicht abgeschätzt werden, wie oft dieses Verhalten zum Schadensereignis führt. Klarerweise gibt es sehr unterschiedliche Abweichungen vom Soll-Standard. So ist die Unfallwahrscheinlichkeit bei einer krassen Geschwindigkeitsüberschreitung viel höher als bei einer geringfügigen Überschreitung. Es müsste also eine Art «Durchschnittswert» angenommen werden. Solche Überlegungen sind allerdings meist theoretischer Natur und für die praktische Anwendung ungeeignet. Eine derartige Schätzung ist nur dann möglich, wenn realistischerweise nur eine ganz bestimmte Abweichung vom Soll-Standard in Frage kommt (z.B. ein unterlassener Schulterblick). Typischerweise ist die Abweichung bei der Irgendwie-Verursachung gerade nicht

scheinlichkeit; ebenso KAYE, Law of the Land, S. 44. In solchen Fällen kann man die Anfangswahrscheinlichkeit auf 50 % festlegen.

565 SCHWEIZER, Habil., S. 167 f., 391; differenzierend KAYE, Probability Theory, S. 1474 ff.

566 SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, N 385 ff.

567 Auf die Anfangswahrscheinlichkeit kommt es auf jeden Fall dann nicht an, wenn sie 50 % beträgt, vgl. DERSELBE, Kognitive Täuschungen, N 388.

568 KAYE, Probability Theory, S. 1473 f.

569 DERSELBE, Probability Theory, S. 1472 ff.; WITTLIN, S. 1357; CHENG, S. 1274.

bekannt. Zumindest ergibt sich aber aus der Vorgehensweise, wie der Soll-Standard festgelegt wird, dass das Nichteinhalten des Standards mit einer höheren Schadenstendenz einhergeht. Der Soll-Standard wird schliesslich so festgelegt, dass er die Wahrscheinlichkeit eines Schadenereignisses minimiert. Auch wenn man nicht weiss, wie oft die (unbekannte) Abweichung vom Soll-Standard zum Schadensereignis führt, ist die Wahrscheinlichkeit des Schadens bei Einhaltung des Soll-Standards jedenfalls kleiner als bei einer Abweichung vom Soll-Standard.

Insgesamt ist also nachvollziehbar, weshalb die Gerichte in den verschiedenen Rechtsordnungen regelmässig auf einen Erfahrungssatz über die hypothetische Kausalkette – der Soll-Standard führt selten zum Schadensereignis[570] – abstellen. Diese Wahrscheinlichkeit muss sehr klein sein. Aus (wahrscheinlichkeits-)theoretischer Sicht besteht das Problem zwar darin, dass damit keine Aussage zur Wahrscheinlichkeit einer kausalen Abweichung vom Soll-Standard gemacht wird. Diese könnte ebenfalls klein sein.[571] Bei der Irgendwie-Verursachung werden aus praktischen Gründen sowohl die Anfangswahrscheinlichkeit einer Ist-Soll-Diskrepanz wie auch die Wahrscheinlichkeit eines schädigenden Ereignisses beim Nichteinhalten des Soll-Standards vernachlässigt. Daraus ergibt sich eine erhöhte Gefahr für Fehlurteile. Um diese zumindest verringern zu können, sollte sich das Gericht bei der Anwendung der Irgendwie-Verursachung zwei Kontrollfragen stellen. Erstens sollte es sich fragen, ob es tatsächlich keine Annahmen über die Anfangswahrscheinlichkeit der Abweichung vom Soll-Standard treffen kann. Zweitens sollte sich das Gericht überlegen, was denn realistische Abweichungen vom Soll-Standard wären und mit welcher Wahrscheinlichkeit diese zum Schadensereignis führen würden. Wenn es zum Schluss kommt, dass diese Wahrscheinlichkeiten klein sind, sollte es von einer Irgendwie-Verursachung absehen.

### 3. Fehlende Indizien für abweichenden Kausalverlauf

Bei beiden Varianten des Anscheinsbeweises wird das Kausalitätskonzept nicht abgeändert. Ein Kausalzusammenhang liegt nicht bereits dann vor, wenn die Abweichung vom Soll-Standard das Schadensrisiko erhöht hat.[572] Das Gericht muss – abhängig vom anwendbaren Beweismass – überzeugt

570 In Wahrscheinlichkeiten ausgedrückt: Die Wahrscheinlichkeit des Schadensereignisses bei gegebener Sorgfalt ist klein. Strenger: BREHM, Roland, Art. 58 N 80.

571 WRIGHT, Possible Wrongs, S. 1336 FN 144.

572 Das Abstellen auf probabilistische Erfahrungssätze ist nicht zwingend mit einer Wahrscheinlichkeitshaftung verbunden, siehe EHLGEN, S. 37.

sein, dass die haftpflichtige Partei das Schadensereignis verursacht hat. Neben dem typischen Geschehensablauf ist deshalb erforderlich, dass die Wahrscheinlichkeit gering ist, dass ein alternativer, nicht der haftpflichtigen Partei anzulastender Kausalverlauf zum Schadensereignis geführt hat.[573] Entscheidend für diese tiefe Wahrscheinlichkeit ist, dass es an Indizien fehlt, die auf einen alternativen Verlauf hindeuten.[574]

Illustrativ sieht man die Bedeutung von fehlenden Indizien beim «Ausschwingmaschine-Entscheid» (S. 9) sowie im französischen Fall des defekten Gasboilers (S. 63). Die Anscheinsbeweisgegnerin muss konkrete Hinweise für die absichtliche Herbeiführung des Unfalls in suizidaler Absicht vorbringen. Die Überlegung besteht darin, dass gemäss Sachverhalt ein Indiz feststeht, welches typischerweise das Schadensereignis verursachen kann (z.B. die gefährliche Maschine führt zum Arbeitsunfall oder das austretende Gas zum Ersticken), während für den alternativen Ablauf (absichtliche Herbeiführung) keine Indizien vorliegen. Der alternative Hergang kann nicht ausgeschlossen werden,[575] es spricht aber auch nichts für einen solchen.[576] In diesen Fällen schätzt das Gericht die Wahrscheinlichkeit ab, dass alternative Ursachen zum Schadensereignis geführt haben, und vergleicht diese mit der Wahrscheinlichkeit, dass der Schaden durch eine Abweichung vom Soll-Standard verursacht wurde.[577] Weil Hinweise für alternative Ursachen fehlen, wird deren Wahrscheinlichkeit als gering eingestuft.

Die Gerichte machen diese Überlegung auch bei der Irgendwie-Verursachung, was sich an einem älteren Bundesgerichtsentscheid aufzeigen lässt. Der geschädigte Autolenker geriet auf die Gegenfahrbahn und wurde bei der Kollision mit einem Lastwagen getötet. Die beklagte Versicherungsgesellschaft beantragte die Abweisung der Klage. Der geschädigte Lenker müsse elementare Vorsichtsmassnahmen missachtet haben, wenn das Auto ohne äussere Einflüsse auf die Gegenfahrbahn gelangt. Das Bundesgericht hat den Schluss auf eine «irgendwie-fahrlässige» Verursachung abgelehnt, weil eine alternative Ursache in Frage kam. Der Verunfallte litt vor dem Unfall an einer

573 WILDHABER, S. 157 m.w.H., wonach der Anscheinsbeweis dann der geschädigten Partei zugutekommt, *«wenn andere Ursachen [...] für einen Schaden mit hoher Wahrscheinlichkeit auszuschliessen sind und ein typischer Kausalverlauf vorliegt»*.

574 STEEL, Proof of Causation, S. 84.

575 PORAT/STEIN, S. 84 f.

576 STEEL, Proof of Causation, S. 219.

577 MUMMENHOFF, S. 140; BENDER, S. 262; MUSIELAK/STADLER, S. 587; vgl. BGH NJW 1966, 1263, 1265: *«[Das Gericht] darf daher bei der Auswahl zwischen zwei tatsächlichen Möglichkeiten [...] seine Überzeugung auch auf die Überlegung stützen, dass die eine Möglichkeit regelmässig gegeben sei, die andere nur sehr selten vorkomme.»*

Herzmuskelentzündung. Nach Aussagen des Gutachters hätten die «Residuen» dieser Erkrankung zu einer plötzlichen Bewusstlosigkeit führen können.[578] Diese kann das Unfallgeschehen ebenfalls erklären.

Im deutschen Recht wird die Relevanz von Indizien vor allem bei der «Entkräftung» des Anscheinsbeweises gesehen. Es wird betont, dass es der Anscheinsbeweisgegnerin obliegt, Indizien vorzubringen, die für einen alternativen Ablauf sprechen.[579] Sobald solche Indizien vorliegen, kann nicht mehr von einem Anscheinsbeweis ausgegangen werden.[580] Die fehlenden Indizien tragen aber auch zur Überzeugung bei. Wie ausgeführt, wird die Überzeugung des Gerichts in den typischen Geschehensablauf verstärkt, wenn die Anscheinsbeweisgegnerin keine Indizien vorbringt, die für den von ihr behaupteten Kausalverlauf sprechen.[581] Dieses Argument ist umso gewichtiger, je eher davon ausgegangen werden muss, dass die Anscheinsbeweisgegnerin über entlastende Informationen verfügen müsste, wenn es denn solche gäbe. Deutlich zeigt sich dies bei der Irgendwie-Verursachung. In diesen Fällen kommt es oftmals zu *Informationsasymmetrien*, was vor allem bei der res ipsa-Doktrin betont wird. Die klagende Partei kann nicht wissen, worin die Abweichung vom Soll-Standard genau lag. Im Gegensatz dazu sollte die haftpflichtige Partei über die notwendigen Informationen verfügen. Das wird mit dem Kriterium der «exklusiven Kontrolle» zum Ausdruck gebracht.[582] Diese Informationsasymmetrie zeigt sich ebenfalls in den schweizerischen Fällen. Die Eigentümerin des Werks weiss oder müsste zumindest wissen, welche Eigenschaften die Leiter bzw. das Gerüst hatten. Die Herstellerin des Produkts hat Kenntnis, wie dieses konstruiert und hergestellt wurde, und der Ärztin ist bekannt, wie sie die Injektion vorgenommen hat. Ist davon auszugehen, dass die Anscheinsbeweisgegnerin über solche Informationen verfügt, wird die gerichtliche Überzeugungsbildung von einem

578 BGE 105 II 209 E. 3 S. 212; ähnlich Urteil HG140117 des HGers ZH vom 5. April 2018, E. 2.4.5.5. Vgl. zum amerikanischen Recht: *Strutz v. Vicere*, Ill. App. 906 N.E.2d 1261 (2009). Der Kläger stürzte zwar auf einer mangelhaft unterhaltenen Treppe. Es kann nicht auf die Kausalität geschlossen werden, weil der physisch angeschlagene Kläger rückwärts lief, siehe ABRAHAM, Self-Proving Causation, S. 1825.

579 AHRENS, Kp. 17 N 37 f. AHRENS, Kp. 16 N 39; THOLE, Stein/Jonas, § 286 N 227; LAUMEN, Prütting/Gehrlein, § 286 N 31 mit Verweis auf BGH NJW-RR 1989, 670, S. 671. So auch das Bundesgericht, wenn es ausführt, dass die Anscheinsbeweisgegnerin *«Umstände geltend machen kann, welche die aus blosser Erfahrung geschöpfte Überzeugung erschüttern»*, siehe Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 4.4.2.2.

580 MUMMENHOFF, S. 133, wonach in solchen Fällen der Anscheinsbeweis an *«mehrfacher Typizität»* scheitert.

581 Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn bei einem alternativen Kausalverlauf ohnehin keine solchen Indizien auftreten würden.

582 Vgl. PORAT/STEIN, S. 97.

weiteren Erfahrungssatz unterstützt: Hat die haftpflichtige Partei für das Schadensereignis keine entlastende Erklärung, obwohl sie eigentlich über entsprechende Informationen verfügen müsste, darf angenommen werden, dass diese Informationen gegen ihren Standpunkt sprechen.[583]

## 4. Zwischenfazit

Der Anscheinsbeweis kommt dann in Frage, wenn der materielle Haftungstatbestand eine Ist-Soll-Diskrepanz voraussetzt und sich die geschädigte Partei in einer Beweisnot befindet. Bei der Kausalität eines bestimmten Faktors existieren keine Indizien und Beweismittel, mit denen die Kausalität bewiesen werden kann. Bei der Irgendwie-Verursachung verfügt die geschädigte Partei über keine Informationen zum Ist-Zustand.

Die Überzeugungsbildung des Gerichts beruht in solchen Konstellationen auf zwei Elementen, nämlich der Stärke des typischen Geschehensablaufs sowie der Wahrscheinlichkeit von alternativen Kausalverläufen.[584] Beim Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors macht der typische Geschehensablauf die Aussage, dass der Ist-Zustand viel häufiger das Schadensereignis verursacht als der Soll-Standard. Bei der Irgendwie-Feststellung stellen die Gerichte in der Regel auf die Überlegung ab, dass es sehr selten zum Schadensereignis kommt, wenn der Soll-Standard eingehalten wird. In diesem Fall greift das Gericht nur auf den Erfahrungssatz über die hypothetische Kausalität zwischen Soll-Standard und Alternativergebnis zurück. Dabei handelt es sich um eine nicht unproblematische Vereinfachung.

Hat die Anscheinsbeweisgegnerin keine Erklärung für das Schadensereignis oder sprechen keine Indizien für den alternativen Ablauf, wird die Überzeugung des Gerichts in den typischen Geschehensablauf verstärkt. Die Wahrscheinlichkeit eines alternativen Kausalverlaufs ist in diesem Fall klein. Dieses Argument ist umso gewichtiger, je eher man davon ausgehen muss, dass die Anscheinsbeweisgegnerin über abweichende Indizien verfügen müsste, wenn sich der von ihr behauptete alternative Ablauf tatsächlich zugetragen hätte.

583 Vgl. die ähnliche Überlegung von JUCKER, SJZ, S. 176 f. In einem solchen Fall könnte man auch von einer Beweisvereitelung sprechen.

584 STEEL, Proof of Causation, S. 84.

## III. Gefahren beim Anscheinsbeweis

### 1. Ausdehnung auf Billigkeitsurteile

Die analysierten Entscheide zeigen, dass die Überzeugungsbildung mit dem Anscheinsbeweis in einigen Fällen unproblematisch sein kann. Als Beispiel kann der Schluss auf die Kausalität von Werkmängeln genannt werden (z.B. fehlende Treppenbeleuchtung für einen Sturz). Die Überzeugungsbildung ist bei diesen Fällen meist so klar, dass sie gar nicht genau analysiert wird (z.B. im angloamerikanischen Raum oder im französischen Recht).[585] In anderen Fällen sind die Schlussfolgerungen eher problematisch. Der Schluss vom Schadensereignis auf eine Irgendwie-Verursachung birgt Unsicherheiten, weil verschiedene, relevante «Parameter» ausgeblendet werden. Solche Schlüsse führen zwar nicht zwingend zu Fehlurteilen, sie bedürfen aber einer genauen Überprüfung.

Bei gewissen Sachfragen ist ein Anscheinsbeweis nahezu ausgeschlossen. Notorische Beweisschwierigkeiten lassen sich mit dem Anscheinsbeweis nicht lösen. Für den Kausalitätsbeweis zwischen gesundheitsgefährdenden Stoffen und einer Gesundheitsschädigung,[586] zwischen einer Impfung und einer Erkrankung[587] oder zwischen Umweltverschmutzungen und konkreten Umweltschäden[588] fehlt es meist an konkreten und einschlägigen Erfahrungssätzen. Es muss in solchen Fällen auf verschiedene wissenschaftliche Studien abgestellt werden, deren Interpretation und Anwendung auf den konkreten Fall ohne Fachwissen kaum möglich ist.[589]

Ebenso fehlt es bei der vorne auf S. 14 erwähnten Haftung des Architekten für Kostenüberschreitungen an einem einschlägigen Erfahrungssatz, weshalb diese Entscheide auch nicht rechtsvergleichend untersucht wurden. Gemäss ständiger Rechtsprechung schliesst das Bundesgericht mit einem Anscheinsbeweis auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Architekten, wenn die tatsächlichen Baukosten die in der Offerte abgeschätzten Kosten um mehr als 10 % übersteigen. Es ist nun aber offensichtlich, dass es beim Bauen aus verschiedensten Gründen zu Kostenüberschreitungen kommen kann. Bei einigen Projekten werden die Kosten selbst dann überschritten, wenn der

585 Im Extremfall handelt es sich bei der Bestreitung der Anscheinsbeweisgegnerin in solchen Fällen um blosse Schutzbehauptungen.

586 Siehe WILDHABER, S. 156 zur Haftung für Gentechnikschäden.

587 Vgl. dazu BORGHETTI, Causation, S. 557 ff.

588 Vgl. PELLONI, S. 145 f.; BLUMER/RITTER, S. 415 f.; SPINDLER, S. 313 ff.; BGE 109 II 304 E. 4 S. 310 ff.

589 Siehe zum Beweis der «toxischen Kausalität»: ROMERIO, S. 111 ff.

Architekt den Kostenvoranschlag sorgfältig erstellt und die Kosten laufend kontrolliert hat. Erst recht spricht keinerlei Lebenserfahrung dafür, dass eine Kostenüberschreitung von (etwas) mehr als 10 % für eine Pflichtverletzung spricht, während eine Überschreitung von (etwas) weniger als 10 % gegen eine Pflichtverletzung spricht. Diese Schlussfolgerung wird deshalb von einem Teil der Lehre als – durch Richterrecht geschaffene – Tatsachenvermutung qualifiziert.[590]

Im Arzthaftungsrecht zeigen sich ähnliche Probleme. Für den Patienten ist es aufgrund von Informationsasymmetrien sowie fehlender Fachkenntnisse schwierig zu beweisen, dass die Behandlung nicht den anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst entsprach und sich kausal auf seinen Gesundheitszustand ausgewirkt hat. Umgekehrt befindet sich die Ärztin in der schwierigen Situation, dass Zwischenfälle nicht nur bei Fehlern ihrerseits, sondern «schicksalshaft» aufgrund der Unberechenbarkeit des Organismus eintreten können.[591]

Wie die erwähnten Fälle zeigen, muss sich das Gericht meist nicht mit Schätzungen zu Erfahrungssätzen begnügen, sondern es existieren wissenschaftliche Statistiken (z.B. Überlebenswahrscheinlichkeiten). Bei medizinischen Sachverhalten genügen solche Wahrscheinlichkeitsaussagen in der Regel aber nicht, um den Kausalitätsbeweis zu erbringen.[592] Exemplarisch zeigt sich dies bei den verspäteten Diagnosen: Wie sich der Gesundheitszustand des Patienten entwickelt hätte, ist schwierig zu beurteilen. Es ist zwar klar, dass die verspätete Diagnose das Todesfallrisiko gegenüber der rechtzeitigen Behandlung erhöht hat. In vielen Fällen – wie beispielsweise im Diphtherie-Fall (S. 10 f.) – kann kaum verlässlich geschätzt werden, in welchem Umfang sich das Risiko erhöht hat.[593] Zudem kann die Überzeugung nicht dadurch verstärkt werden, dass es keine Hinweise für eine alternative Ursache gibt, weil es solche gerade gibt (z.B. die aggressive Krebsart). Aus diesem Grund argumentierte das Obergericht Zürich mit einer Beweisvereitelung (siehe S. 10 f.). Noch unsicherer erscheinen Schlussfolgerungen von der Gesundheitsschädigung auf die Sorgfaltspflichtverletzung. Es erscheint plausibel, dass es in fast allen Fällen auch bei einer sorgfältigen Behandlung zu

590 BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.29 ff.; MEIER, Beweismass, S. 75 ff.; KUMMER, Berner Kommentar 1962, Art. 8 ZGB N 317 m.w.H. sieht die Grundlage im Gewohnheitsrecht. Im französischen Recht ist die Schaffung von gesetzlichen Vermutungen durch Richterrecht ebenfalls anerkannt, siehe KHOURY, S. 207 f.; BOUTONNET, N 1177.

591 BGH NJW 1978, 1681; KATZENMEIER, S. 436.

592 EHLGEN, S. 160; BERG-WINTERS, S. 152 ff.

593 Z.B. weil der Zustand des Patienten im Zeitpunkt, in dem die Diagnose hätte gestellt werden müssen, nicht rekonstruierbar ist.

Komplikationen kommen kann. Aus diesem Grund ist beim Behandlungsvertrag nur ein sorgfältiges Tätigwerden, aber kein Erfolg geschuldet.[594]

In den verschiedenen Jurisdiktionen wurden denn auch andere Ansätze entwickelt, um die Beweisprobleme bei der ärztlichen Haftung anzugehen. Im deutschen Recht wurden verschiedene Beweisregeln geschaffen. Es wird bei Verletzungen der Befundsicherungspflicht mit einer Art Beweisvereitelung argumentiert, oder es werden Kausalitätsprobleme umgangen, indem die Pflichtverletzung in der fehlenden Aufklärung des Patienten festgemacht wird.[595] In Frankreich werden Kausalitätsprobleme von den Gerichten intuitiv und opferfreundlich entschieden, bei gewissen Schädigungen Kausalhaftungen eingeführt oder das *perte d'une chance*-Konzept angewandt.[596] In den angloamerikanischen Staaten wird der Kausalitätstest angepasst und zuweilen auf eine *«material contribution»*[597] oder das *loss of chance*-Konzept abgestellt.[598] Die differenzierten Regelungen, die sowohl im materiellen Recht wie im Prozessrecht anzusiedeln sind, zeigen, dass die Überzeugungsbildung alleine mit Erfahrungssätzen eher selten in Frage kommt.[599]

In gewissen Konstellationen kann es zudem schwierig sein zu entscheiden, wann (gerade noch) ein typischer Geschehensablauf vorliegt.[600] Bei groben Behandlungsfehlern kann es ausnahmsweise gerechtfertigt sein, mit einem Anscheinsbeweis auf die Kausalität zu schliessen. Bei einem solchen Fehler ist die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gegenüber einer den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechenden Behandlung stark erhöht. Die Wahrscheinlichkeit, dass die korrekte Behandlung zu einem besseren Gesundheitszustand geführt hätte, ist aber auch in solchen Fällen nur schwer abschätzbar.[601] Das Gericht muss entscheiden, ob eine Beweislastentscheidung zu treffen ist, ob ein Anscheinsbeweis für die geschädigte Partei spricht oder ob auf alternative beweisrechtliche Begründungen abzustellen ist. Letz-

594 Statt vieler: Urteil 4A_521/2011 des BGers vom 5. März 2012, E. 3.1.

595 Siehe z.B. BGH NJW 1989, 1533.

596 Vgl. vorne S. 81 f.

597 Siehe dazu FN 170 vorne.

598 STEEL, Proof of Causation, S. 220 ff.; zu diesen und weiteren Ansätzen KHOURY, S. 143 ff.

599 KATZENMEIER, S. 436 ff.

600 Es geht nach STEEL, Proof of Causation, S. 84 um *«the point at which reliance upon the proof of an increased risk shifts from a legitimate intermediate step in a larger inferential process to an outright departure from the standard of proof»*.

601 STRÄTER, S. 112 f. Vor Einführung der gesetzlichen Beweislastregel rechtfertigte die Rechtsprechung in Deutschland die Beweislastumkehr deshalb damit, dass die Patientin durch den Fehler in eine Beweisnot gebracht wurde, siehe BGH NJW 1997, 794; BGH NJW 1994, 801.

tere Variante wird gewählt, wenn das anwendbare Beweismass zwar nicht erfüllt ist, eine Beweislastentscheidung jedoch unbillig erscheint.[602] Bei den beschriebenen materiell- und beweisrechtlichen Konstrukten handelt es sich letztlich um Versuche, solche Billigkeitsurteile zu rechtfertigen und Kriterien zu entwickeln, die bei derartigen Fällen zumindest eine rechtsgleiche Herangehensweise garantieren.[603] Letzteres Gebot ist nicht erfüllt, wenn man versucht, Billigkeitsurteile mit einem Anscheinsbeweis zu rechtfertigen. Weil der Geschehensablauf in diesen Fällen gar nicht typisch ist, lässt sich bei zukünftigen Fällen nicht sagen, unter welchen Voraussetzungen der Beweis billigerweise mit einem «atypischen» Geschehensablauf erbracht werden kann. Versucht das Gericht mit einem Anscheinsbeweis zu argumentieren, wird der Blick auf die eigentliche Schwierigkeit – das unüberwindbare Beweisproblem der geschädigten Partei – verstellt.

## 2. Fehlschlüsse bei Kausalverläufen

Es besteht nicht nur die Gefahr, dass Gerichte versuchen, den Anscheinsbeweis (mehr oder weniger) *bewusst* auf Billigkeitsurteile auszudehnen. Ebenso kann das Gericht *unbewusst* Fehlüberlegungen machen, wenn es einen Kausalverlauf beurteilt. Psychologische Untersuchungen haben in den letzten Jahren gewisse Fehlüberlegungen offengelegt, denen Menschen bei der Überzeugungsbildung intuitiv erliegen. Es geht um sog. *«kognitive Täuschungen»*. Beim Anscheinsbeweis drohen diese Täuschungen zum einen bei der Abschätzung der Erfahrungssätze (der generellen Kausalität) und zum andern beim Schluss auf die konkrete Kausalität. In diesem Zusammenhang scheinen vor allem der *«Availability Bias»* und der *«Hindsight Bias»* relevant.

Gemäss dem *Availability Bias* (Verfügbarkeitsverzerrung) ist die subjektive Einschätzung der Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses umso grösser, je leichter oder schneller die Person – aufgrund persönlicher Erfahrungen – in der Lage ist, sich dieses Ereignis vorzustellen.[604] Unfälle und andere Schadensereignisse sind für Gerichtsmitarbeitende kognitiv leichter verfügbar,

---

602 Eine (weitere) Beweismassreduktion kommt zumindest im schweizerischen Recht beim Kausalitätsbeweis nicht in Frage, weil ohnehin das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit Anwendung findet. Zum Beweismass bei der Irgendwie-Verursachung siehe hinten S. 133 ff.

603 Vgl. JUNGMANN, S. 462; LEPA, Beweiserleichterungen, S. 129 geht sogar davon aus, dass es sich beim Anscheinsbeweis immer um Billigkeitsurteile handelt. Zur Bedeutung des *«Gleichheitssatzes»* bei der Beweiswürdigung siehe WEBER, S. 164 f.

604 KVERSKY/KAHNEMAN, S. 1127; MATHIS, S. 24.

weil sie sich tagtäglich mit solchen Ereignissen auseinandersetzen.[605] Insofern kann sich beispielsweise – im Vergleich zu anderen Personen – auch die Einschätzung verzerren, ob ein Verhalten kausal für das Schadensereignis war. Beim Anscheinsbeweis hat die bisherige Erfahrung der Gerichtsmitarbeitenden entscheidende Bedeutung. Der Anscheinsbeweis beruht normalerweise auf der Lebenserfahrung. Aufgrund des Availability Bias entspricht die Lebenserfahrung einer Richterin aber nicht derjenigen eines juristischen Laien. Es erscheint plausibel, dass Gerichtsmitarbeitende aufgrund der Verfügbarkeitsverzerrung beim Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors das von der haftpflichtigen Person geschaffene Risiko überschätzen und bei der Irgendwie-Verursachung vorschnell davon ausgehen, dass der Soll-Standard das Schadensereignis verhindert hätte.

Mit dem *Hindsight Bias* (Rückschaufehler) wird das Phänomen beschrieben, dass die Prognostizierbarkeit eines eingetretenen Ereignisses im Nachhinein überschätzt wird.[606] Im Nachhinein erscheint es oftmals völlig klar, dass die vorgenommene Handlung zu den eingetretenen Auswirkungen geführt hat, ohne dass dies im damaligen Zeitpunkt tatsächlich vorhersehbar war. Im Nachhinein werden diejenigen Indikatoren stärker gewichtet, die auf das schädigende Ereignis hingewiesen haben.[607] Das Problem des Hindsight Bias wird vor allem im Bereich von Sorgfaltspflichtverletzungen (beispielsweise bei gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit) besprochen.[608] Dieselbe Problematik besteht auch bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit,[609] da dort ebenfalls geprüft wird, ob der Schaden voraussehbar war und was die pflichtgemässe Handlung gewesen wäre. Die Lehre betont den Einfluss des Rückschaufehlers vor allem dann, wenn die Beurteilung «ex ante» und nicht «ex post» vorgenommen werden muss. Aus diesem Grund wird die Ansicht vertreten, dass der Rückschaufehler bei der Beurteilung der natürlichen Kausalität keine Rolle spielt, weil diese *ex post* erfolgt.[610] Wie vorne festgestellt (S. 56), werden zur Festlegung des Soll-Standards allerdings dieselben Erfahrungssätze benutzt, wie sie auch für den Kausalitätsbeweis (der hypothetischen Kausalkette) verwendet werden. Werden also die Möglichkeiten

605 MATHIS, S. 24.

606 SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, N 619; ROBERTO/GRECHENIG, S. 5.

607 ELSENER, S. 119; FISCHHOFF, S. 291 f.

608 ROBERTO/GRECHENIG, S. 5 ff.

609 MATHIS, S. 27.

610 ELSENER, S. 121 f. Umstritten ist, wie die Beurteilung der adäquaten Kausalität erfolgen soll. Für eine ex ante Beurteilung: BGE 135 IV 56 E. 2.2 S. 65; wohl ebenfalls HONSELL/ISENRING/KESSLER, § 3 N 11 f. Für eine ex post Beurteilung: BGE 80 II 338 E. 2b S. 344; OFTINGER/STARK, Band 1, § 3 N 22; REY/WILDHABER, N 655.

zur Gefahrenabwendung überschätzt, kann es nach hier vertretener Ansicht auch beim natürlichen Kausalzusammenhang zu einer Fehleinschätzung kommen.[611] Weil die urteilende Person weiss, wie sich der Geschehensablauf abgespielt hat (und es zu einem Schadensereignis kam), kann dieses Wissen als «mentaler Anker» dienen.[612] Dieses Wissen führt dazu, dass die Eintretenswahrscheinlichkeit des Schadensereignisses überschätzt wird.[613] Ähnlich wird in Rechtsprechung und Lehre auf den Fehlschluss *«post hoc, ergo propter hoc»* hingewiesen.[614] Damit wird ausgedrückt, dass nicht alleine aus der zeitlichen Abfolge auf eine Ursache-Wirkung-Beziehung geschlossen werden darf. Bei der Werkeigentümerhaftung betont das Bundesgericht, ein Mangel sei nicht deshalb schon nachgewiesen, weil das schädigende Ereignis durch ein Werk verursacht wurde.[615] Bloss weil es zu einem schädigenden Ereignis gekommen ist, darf nicht automatisch davon ausgegangen werden, dieses müsse durch eine Abweichung vom rechtlich gebotenen Verhalten verursacht worden sein.

Aus den dargelegten Gründen erscheint es naheliegend, dass beim Anscheinsbeweis die Gefahr besteht, dass das Gericht kognitiven Täuschungen erliegen kann. Wie gross der Einfluss dieser Täuschungen tatsächlich ist, lässt sich allerdings kaum abschätzen. Es erscheint aber plausibel, dass die Gefahr solcher Fehlüberlegungen beim Anscheinsbeweis mindestens so gross ist wie bei einer Beweiswürdigung mithilfe von vielen Indizien und Erfahrungssätzen.

## IV. Zwischenfazit

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass die Gerichte in allen untersuchten Jurisdiktionen auf gleiche Weise Kausalverläufe erschliessen. Es ist überall anerkannt, dass mithilfe von generellen Aussagen, d.h. mit dem typischen Geschehensablauf, auf die Kausalität geschlossen werden kann, wenn über

611 Vgl. SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, N 692, wonach es bei jeder ex post-Beurteilung zum Hindsight Bias kommt.

612 MATHIS, S. 29 sieht in dieser Täuschung das sog. «Anchoring»-Problem. In der Regel wird mit dem Anchoring-Konzept allerdings die Einflussnahme auf die Schätzung der urteilenden Person beschrieben. Im gerichtlichen Kontext haben Studien gezeigt, dass beispielsweise die Höhe der eingeklagten Forderung den im Urteil zugesprochenen Betrag ungerechtfertigterweise beeinflussen kann, vgl. SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, S. 77 ff.

613 MATHIS, S. 30.

614 WALTER, Tat- und Rechtsfragen, S. 34.

615 Urteil 4A_546/2017 des BGers vom 26. Juni 2018, E. 3; BGE 123 III 306 E. 3b/aa S. 311.

den konkreten Sachverhalt nur wenig bekannt ist. In dieser Situation stellt der Anscheinsbeweis eine *notwendige* Art der Überzeugungsbildung dar.[616] Damit sind aber *Gefahren* verbunden. Erstens wird bei der Irgendwie-Verursachung der Überzeugungsbildungsprozess abgekürzt. Relevante Entscheidungsparameter werden vernachlässigt (z.B. wenn es auch bei einer Abweichung vom Soll-Standard selten zum Schadensereignis kommt). Zweitens gibt es Grenzfälle, die schwierig zu entscheiden sind (z.B. der Kausalzusammenhang zwischen der verspäteten Diagnose und dem Tod). Drittens besteht die Gefahr, dass der Anscheinsbeweis «missbraucht» wird, um eigentliche «Billigkeitsurteile» zu rechtfertigen. Viertens kann das Gericht kognitiven Täuschungen erliegen, wenn es die Wahrscheinlichkeiten der jeweiligen Erfahrungssätze abschätzt.

Aus diesen Feststellungen ergeben sich zwei Problemkreise: Einerseits ist fraglich, was für Anforderungen an die gerichtliche Überzeugung zu stellen sind, damit der Anscheinsbeweis erbracht ist. Es ist zu klären, wie stark der typische Geschehensablauf zu sein hat und wie unwahrscheinlich alternative Ursachen sein müssen, damit der Beweis erbracht ist. Diese Frage betrifft das Beweismass und ist nachfolgend im 4. Kapitel zu behandeln. Anderseits ist zu prüfen, ob die Regeln des Zivilprozesses die Gefahr verringern können, dass die Gerichte den angesprochenen Fehlüberlegungen erliegen. Auf diese Frage ist im 5. Kapitel einzugehen.

616 Ähnlich MUMMENHOFF, S. 137.

# 4. Kapitel: Einordnung ins Gefüge von Beweislast, Beweismass und Beweiswürdigung

Damit die Anforderungen an die gerichtliche Überzeugung beim Anscheinsbeweis beschrieben werden können, muss der Anscheinsbeweis im Beweisrecht eingeordnet werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der Anscheinsbeweis keine ausserordentliche Senkung des Beweismasses oder eine Beweislastumkehr zur Folge, sondern betrifft die Beweiswürdigung. Diese Einordnung ist zu überprüfen.

## I. Rechtsübergreifende Schwierigkeiten bei beweisrechtlicher Einordnung

In den ausländischen Rechtsordnungen bereitet die Einordnung des Anscheinsbeweises durchwegs Schwierigkeiten.[617] Im deutschen Recht sind vier Ansätze auszumachen.[618] Nach der älteren Beweislasttheorie verschiebt der Anscheinsbeweis die objektive Beweislast.[619] Der Anscheinsbeweis hat

617 GREGER, Festschrift Huber, S. 151 zählt den Anscheinsbeweis zu den *«Mysterien des Prozessrechts»*.

618 Vgl. statt vieler: PRÜTTING, Beweislast, S. 95 ff.; SCHWEIZER, Habil., S. 175 ff. Dabei handelt es sich um eine grobe Einteilung. Die Ansichten der meisten Autorinnen und Autoren sind differenzierter. So wird verschiedentlich bei der Kausalität eines bestimmten Faktors und der Irgendwie-Verursachung von unterschiedlichen Theorien ausgegangen. Z.B. können MUSIELAK/STADLER, S. 584 ff. bei der Irgendwie-Verursachung als Anhänger der Beweiswürdigungstheorie, bei der Kausalität eines bestimmten Faktors als Vertreter der Beweismasstheorie bezeichnet werden. Andere Interpretationen des Anscheinsbeweises lassen sich nicht exakt einer «Grundtheorie» zuordnen. Z.B. geht FOERSTE, Musielak/Voit, § 286 N 24 davon aus, dass in einem konkreten Fall nur dann von einem Anscheinsbeweis gesprochen wird, wenn das anwendbare Beweismass nicht erreicht wird. Er legt damit einzelfallweise fest, ob nun ein «Anscheinsbeweis» oder ein «Vollbeweis» vorliegt.

619 WASSERMEYER, S. 2 ff.; weitergehende Hinweise auf die ältere deutsche Lehre bei MUSIELAK, Beweislast, S. 84 FN 164; zumindest in gewissen Fällen von einer Beweislastumkehr ausgehend: DIEDERICHSEN, S. 64 ff.

danach eine Beweislastumkehr zur Folge. Die aktuell überwiegend vertretenen Ansichten unterscheiden sich darin, dass die Anhänger der Beweiswürdigungstheorie davon ausgehen, der Anscheinsbeweis könne die nach dem Regelbeweismass notwendige gerichtliche Überzeugung erzeugen.[620] Diese Ansicht wird auch vom BGH vertreten.[621] Die Vertreter der Beweismasstheorie sind hingegen der Ansicht, dass mit dem Anscheinsbeweis kein «Vollbeweis» erbracht werden kann, weshalb damit zwingend eine Beweismassreduktion einhergeht.[622] Ein vierter Ansatz sieht die Grundlage des Anscheinsbeweises im materiellen Recht. Danach können solche Schlussfolgerungen – insbesondere eine Irgendwie-Feststellung – nur vom materiellen Recht angeordnet werden.[623]

Im österreichischen Recht finden sich ähnliche Einordnungsversuche wie in Deutschland.[624] Im Gegensatz zur Rechtsprechung in Deutschland, die der Beweiswürdigungstheorie folgt, ist die Position des OGH weniger klar. Die Rechtsprechung in Österreich spricht zuweilen von einer *«Verschiebung von Beweisthema und Beweislast»* und betont damit die Nähe zur Beweislastumkehr, weil die Anscheinsbeweisgegnerin einen anderen Kausalverlauf nachweisen muss.[625] Vor allem in neueren Entscheiden geht der OGH davon aus, dass der Anscheinsbeweis keine Beweislastumkehr zur Folge hat, aber mit einer Beweismasssenkung auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit einhergeht.[626]

In Frankreich ist ein Beweis dann erbracht, wenn das Gericht überzeugt ist.[627] Da es in der französischen Lehre kaum eine Diskussion über den Inhalt und Standard des «Beweismasses» gibt,[628] wird kaum untersucht, wie Vermutung und Beweismass zusammenhängen. Einerseits wird angenommen, dass eine natürliche Vermutung wie die gesetzliche Vermutung zu einer Be-

620 Dieser Ansicht folgend: SCHWEIZER, Habil., S. 185; GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 202; PRÜTTING, Beweislast, S. 108; AHRENS, Kp. 17 N 12 f.; OBERHEIM, S. 920.

621 BGH NJW 1998, 79; BGH NJW-RR 1988, 789; BGH NJW 1951, 360.

622 Dieser Ansicht folgend: BENDER, S. 259 ff.; KEGEL, S. 333 f.; SAENGER, Handkommentar D-ZPO, § 286 N 14; WALTER, Freie Beweiswürdigung, S. 206 ff.; LEIPOLD, Beweismass und Beweislast, S. 11 ff.; MAASSEN, S. 66 f.; NELL, S. 97 f.

623 GREGER, Anscheinsbeweis, S. 1103; PAWLOWSKI, S. 46; HAUSS, S. 970.

624 Für die Beweismasstheorie: HUBER, S. 14 f.; für die materiell-rechtliche Theorie: DOLINAR, S. 434; HOLZHAMMER, S. 252.

625 OGH 7 Ob 646/86; OGH 4 Ob 206/99v; Rechtssatz: RS0022624

626 OGH 1 Ob 5/96; OGH 4 Ob 89/20x; gl.M. RASSI, § 1 N 25; RECHBERGER, Fasching/Konecny, Vor § 266 N 59.

627 QUÉTAND-FINET, S. 102.

628 JEULAND, S. 183 ff.; KINSCH, S. 456, die betonen, dass es überhaupt keinen Begriff für dieses Konzept gibt.

weislastumkehr führt.[629] Anderseits betont die Lehre, dass es sich bei solchen Vermutungen um Wahrscheinlichkeitsurteile handelt,[630] was im französischen Recht einer Beweismasssenkung entspricht.[631]

Bei den Fällen des *«proof by generalisation»* sind in der angloamerikanischen Literatur keine Einordnungsprobleme festzustellen. Es handelt sich um einen Beweiswürdigungsvorgang. Hingegen existieren vor allem in den Vereinigten Staaten verschiedene Ansätze, wie sich die res ipsa-Doktrin auswirkt. Die Rechtsprechung in den verschiedenen Bundesstaaten geht alternativ von einer Schlussfolgerung (*«permissible inference»*), einer Vermutung oder einer Beweislastumkehr aus.[632] Die Qualifikation wirkt sich auf die Aufgabenteilung zwischen Judge und Jury aus. Bei der *permissible inference* kann die Jury auf die Fahrlässigkeit schliessen. Bei der Vermutung ist die Jury dazu verpflichtet (und nicht nur dazu befugt), falls die haftpflichtige Partei keine Gegenbeweise vorbringt. Bei der Beweislastumkehr muss die haftpflichtige Partei beweisen, dass keine *negligence* vorlag. Alle drei Konzepte werden von verschiedenen Bundesstaaten vertreten,[633] wobei jedoch nur wenige von einer Beweislastumkehr ausgehen.[634] Ähnlich sind die Ansichten in England, wonach *res ipsa* entweder als Beweiswürdigungsvorgang oder als eine Art Vermutung qualifiziert wird, welche die Beweislast umkehrt.[635] Unabhängig von der genauen Qualifikation liegt bei gegebenen Voraussetzungen zumindest ein sog. *«prima facie case»* vor, d.h., es kann auf die Unsorgfalt geschlossen werden, wenn die haftpflichtige Partei die Schlussfolgerung nicht mit eigenen Beweisen erschüttert.[636]

Die beweisrechtliche Einordnung unterscheidet sich somit in den verschiedenen Jurisdiktionen. Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung des Beweisrechts ist diese Gegebenheit nicht weiter erstaunlich. In den Ver-

629 So wohl QUÉTAND-FINET, S. 26 Andernorts wird betont, dass die Vermutung zumindest zu einer Verschiebung der Beweisführungslast führt, siehe VERGÈS/VIAL/LECLERC, S. 240.

630 Vgl. VERGÈS/VIAL/LECLERC, S. 233; QUÉTAND-FINET, S. 88 ff.; DECOTTIGNIES, S. 10 ff.; Cass. Civ. 1, 29 mai 1979, 77-15708, bull. civ. I, n°156.

631 Siehe KHOURY, S. 143 ff., die davon ausgeht, dass die Gerichte dann auf Schlussfolgerungen und Vermutungen abstellen, wenn die Kausalität nicht nach den «traditionellen Regeln» bewiesen werden kann.

632 PROSSER, Procedural Effect, S. 243 ff.; HYLTON, S. 138 f.; WEBB, S. 1066; CARPENTER, S. 519 ff.

633 Umstritten ist, ob und unter welchen Voraussetzungen ein «directed verdict» zugunsten des Klägers oder des Beklagten möglich ist, siehe PROSSER, Procedural Effect, S. 243 f.; JAMES, S. 220 f.; HECKEL/HARPER, S. 738 ff.

634 PROSSER, Procedural Effect, S. 243 ff.

635 ATIYAH, S. 337 f.; gegen eine Beweislastumkehr: *Henderson v. Henry E. Jenkins & Sons* [1970] AC 282.

636 *Ratcliffe v. Plymouth & Torbay Health Authority* [1998] PIQR P170 (CA).

einigten Staaten liegen die Probleme vor allem in der (hier nicht näher interessierenden) Aufgabenteilung zwischen Gericht und Jury. In Deutschland und Österreich liegen die Schwierigkeiten beim Beweismass und seinen verschiedenen Abstufungen. In diesen Jurisdiktionen – und auch in der Schweiz – ist für die dogmatische Einordnung entscheidend, ob mit dem Anscheinsbeweis das notwendige Beweismass erreicht wird. Die Vertreter der Beweiswürdigungstheorie gehen davon aus, dass mit diesem Überzeugungsbildungsvorgang das Regelbeweismass erfüllt wird. Anhänger der Beweismasstheorie nehmen im Gegensatz dazu an, dass mit dem Anscheinsbeweis nur ein herabgesetztes Beweismass (der überwiegenden Wahrscheinlichkeit) erreicht wird. Der Beweislasttheorie wird dann gefolgt, wenn man der Ansicht ist, dass mit dem Anscheinsbeweis das anwendbare Beweismass gar nicht erreicht werden kann.[637] «Materiell-rechtliche» Theorien könnten eigentlich als Unterart der Beweismass- oder Beweislasttheorie verstanden werden.[638] Ihre Anhänger gehen davon aus, dass mit dem Anscheinsbeweis nur ein herabgesetztes Beweismass erfüllt wird (wie die Beweismasstheorie) oder dass das anwendbare Beweismass nicht erfüllt wird (wie die Beweislasttheorie). Im Unterschied zur Beweislast- und Beweismasstheorie verlangen diese Theorien jedoch, dass eine materiell-rechtliche Grundlage die Beweiserleichterung legitimiert.[639] Die Gründe für die Beweismassherabsetzung oder Beweislastverteilung sind danach im materiellen Recht zu suchen.[640]

## II. Anscheinsbeweis und Beweislast

Als Erstes ist darauf einzugehen, ob der Anscheinsbeweis – wie das Bundesgericht festhält – tatsächlich nicht zu einer Beweislastumkehr führt. Art. 8 ZGB enthält die allgemeine Regel der Beweislastverteilung,[641] wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet. Die Beweislast wird unterteilt in die subjektive und

637 Allerdings wird nicht klar zum Ausdruck gebracht, ob das Regelbeweismass gemeint ist (und die Vertreter der Beweislasttheorie es ablehnen, das Beweismass herabzusetzen) oder das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit anwendbar ist.

638 Das gilt jedenfalls für die Ansichten von GREGER und DIEDERICHSEN. Der Standpunkt von PAWLOWSKI ist im Detail nur schwer verständlich.

639 So jedenfalls GREGER, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S. 179; anders wohl PAWLOWSKI, S. 46.

640 Ebenfalls eine materiell-rechtliche Begründung führen PORAT/STEIN, S. 85 für *res ipsa loquitur* an, wonach *«the real goal is normative rather than epistemological»*. Das Risiko eines Fehlurteils werde auf die haftpflichtige Partei übertragen.

641 So die h.L., siehe JUNGO, Art. 8 ZGB N 184 m.w.H.

die objektive Beweislast.[642] Die subjektive Beweislast meint die Obliegenheit zur Beweisführung. Scheitert diese Beweisführung – kann eine Tatsachenbehauptung also nicht nach dem anwendbaren Beweismass bewiesen werden –, ist gegen die beweisbelastete Partei zu entscheiden (sog. objektive Beweislast).[643] Subjektive und objektive Beweislast fallen unter der Verhandlungsmaxime *im Grundsatz* zusammen.[644] Die objektiv beweisbelastete Partei trifft die Obliegenheit, die Tatsache zu behaupten sowie Beweismittel und Indizien vorzubringen, die für diese sprechen.

## 1. Beweislast für Ist-Soll-Diskrepanz und natürliche Kausalität

Für die Verteilung der Beweislast wird nach h.L. zwischen rechtserzeugenden sowie rechtsaufhebenden und rechtshindernden Tatsachen unterschieden.[645] Wie der Begriff andeutet, sind rechtsbegründende Tatsachen von jener Partei zu beweisen, die einen Anspruch geltend macht. Rechtsaufhebende und rechtshindernde Tatsachen sind von der Anspruchsgegnerin zu beweisen.[646]

Bei Ist-Soll-Tatbestandsmerkmalen müssen der Ist-Zustand sowie die beim Soll-Standard beigezogenen Tatsachen und Erfahrungssätze bewiesen werden (vgl. S. 48 ff. vorne). Die geschädigte Partei trägt die Beweislast für diese rechtserzeugenden Tatsachen.[647] Dasselbe gilt für die natürliche Kausalität.[648] Nach der Konzeption der h.L. trägt die präsumtiv haftpflichtige Partei hingegen die Beweislast für den «Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens».[649] Nach dieser Ansicht verschiebt sich – in gewissen Konstellationen – die Beweislast für die hypothetische Kausalkette (siehe vorne S. 37 ff.).

642 HUGUENIN-DUMITTAN, S. 52 ff., 81 ff.

643 Statt vieler: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.9; JUNGO, ART. 8 ZGB N 180. Die objektive Beweislast entspringt nach h.L. dem materiellen Recht, während die subjektive Beweisführungslast dem Prozessrecht zugeordnet wird, vgl. WUILLEMIN, N 239.

644 BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 43 N 44. JUNGO, ART. 8 ZGB N 45.

645 Vgl. statt vieler: LARDELLI/VETTER, BSK ZGB I, Art. 8 ZGB N 42 ff. Daneben gibt es verschiedene weitere Vorschläge, wie die Beweislast verteilt werden kann, siehe mit einer Übersicht und einem eigenen Vorschlag JUNGO, Art. 8 ZGB N 190 ff.

646 Statt vieler: BGE 141 III 241 E. 3.1 S. 242.

647 Statt vieler: JUNGO, Art. 8 ZGB N 348 ff. Zwar wird das Verschulden bei vertraglichen Haftungstatbeständen vermutet (vgl. Art. 97 OR). Allerdings muss die Vertragsverletzung von der geschädigten Partei bewiesen werden.

648 DIESELBE, Art. 8 ZGB N 357; BGE 132 III 715 E. 3.2.2 S. 722. Ebenso trägt die geschädigte Partei die Beweislast für die hypothetische Kausalität, wenn ein Unterlassen in Frage steht, siehe KRAUSKOPF/ZELLWEGER, S. 78.

649 Zudem ist für diesen Entlastungsbeweis das Regelbeweismass und nicht die überwiegende Wahrscheinlichkeit anwendbar, vgl. BGE 131 III 115, E. 2.1 und 3.3.

In den hier interessierenden Fällen – z.B. der Kausalität der Geschwindigkeitsüberschreitung – geht das Bundesgericht davon aus, dass die hypothetische Kausalkette Teil des natürlichen Kausalzusammenhangs ist. Die geschädigte Partei musste jeweils beweisen, dass die Abweichung vom Soll-Standard für das Schadensereignis kausal war. In anderen Urteilen auferlegt das Bundesgericht der haftpflichtigen Partei den Beweis dafür, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn sie den Soll-Standard eingehalten hätte.[650] Eine solche Beweislastumkehr kommt dann in Frage, *«wenn ein Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden in einem gewissen Mass erstellt ist»*.[651]

Wie vorne dargelegt, ist das mit dem Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens einhergehende Verständnis des conditio-Tests abzulehnen (S. 39 ff.). Bei allen Tatbeständen, in denen die Haftung an eine Ist-Soll-Diskrepanz anknüpft, stellt die hypothetische Kausalkette einen Teil des natürlichen Kausalzusammenhangs dar. Die reale wie auch die hypothetische Kausalkette stellen rechtserzeugende Tatsachen dar, weshalb die geschädigte Partei beide Kausalketten beweisen muss.[652] Beim Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens handelt es sich nicht um eine eigenständige, beweisbedürftige Tatsache, sondern um den Gegenbeweis, der die hypothetische Kausalkette betrifft.[653] Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn das Gesetz eine andere Kausalitätsprüfung anordnet und die Beweislast anders verteilt (z.B. Art. 55 OR bei der Geschäftsführerhaftung oder Art. 56 OR bei der Tierhalterhaftung).[654] Die hier vertretene Beweislastverteilung führt entgegen einiger Lehrmeinungen nicht dazu, dass sich die geschädigte Partei regelmässig in grossen Beweisschwierigkeiten befinden würde.[655] Wie dargelegt, lässt sich aus dem Beweis der realen Kausalkette oftmals auf die hypothetische Kausalkette schliessen (S. 97 f.). In anderen Fällen kann die hypothetische Kausalkette mit Erfahrungssätzen bewiesen werden.[656]

650 BGE 96 II 172 E. 3b S. 178.

651 Urteil 4A_87/2019 des BGers vom 2. September 2019, E. 4.1.3.2.

652 Ebenso HANAU, S. 119.

653 Vgl. KRAMER, Kausalität, S. 296, der betont, dass dem Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens kein eigenständiger dogmatischer Stellenwert zukommt.

654 Ebenso Art. 103, 306, 420 oder 474 OR sowie Art. 333 ZGB.

655 A.A. SUMMERMATTER, S. 328.

656 Richtig an der bestehenden Praxis ist, dass die geschädigte Partei nicht beweisen muss, dass der Schaden nicht von Reserveursachen stammt, solange es keine Hinweise für solche Reserveursachen gibt, vgl. dazu LANDOLT, S. 91.

## 2. Anscheinsbeweis regelt nicht die Beweislosigkeit

In der Schweiz wird mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass der Anscheinsbeweis nicht zu einer Beweislastumkehr führt.[657] Einige ältere Autorinnen und Autoren stellen allerdings fest, dass mit dem Anscheinsbeweis eine *«gewisse Umkehr der Beweislast»* einhergeht.[658] In Deutschland argumentieren die Anhänger der Beweislasttheorie, dass in Konstellationen, in denen der Anscheinsbeweis zur Anwendung gebracht wird, eigentlich eine «non-liquet»-Situation vorliegt. Danach wäre es der geschädigten Partei nicht gelungen, die Tatsache nach dem anwendbaren Beweismass zu beweisen. Entgegen der allgemeinen Regel wird aber *zugunsten* der eigentlich beweisbelasteten Partei und *zulasten* der Anscheinsbeweisgegnerin entschieden.[659] Gegen diese Ansicht wird vorgebracht, dass der typische Geschehensablauf nicht erst bei Beweislosigkeit beigezogen wird, sondern die Überzeugung des Kausalverlaufs vermittelt. Er sorgt in diesem Fall dafür, dass gar keine non-liquet Situation entsteht.[660]

Wie ausgeführt, ist ausschlaggebend, was für eine Überzeugung der Anscheinsbeweis erbringen kann. Ob diese Überzeugung genügt, hängt vom anwendbaren Beweismass ab. Allerdings kann die Beweislasttheorie bereits aufgrund der bisherigen Erkenntnisse und ohne genauere Untersuchung des Beweismasses verworfen werden. In allen untersuchten Rechtsordnungen handelt es sich beim Anscheinsbeweis um einen im Grundsatz anerkannten Vorgang der Überzeugungsbildung. Die Gerichte stellen auf Erfahrungssätze ab, um sich die Überzeugung über das Vorliegen eines Kausalverlaufs zu bilden. Bei einzelnen Entscheiden ist zwar zweifelhaft, ob mit dem Anscheinsbeweis die notwendige Überzeugung erreicht werden konnte, der Überzeugungsbildungsvorgang *an sich* wird jedoch in keiner Jurisdiktion hinterfragt. Wie die Ausführungen im 3. Kapitel gezeigt haben, ist der Rückgriff auf Erfahrungssätze in diesen Fallkonstellationen notwendig und gerechtfertigt, damit sich das Gericht seine Überzeugung bilden kann.[661] Die These der Beweislasttheorie, dass mit dem Anscheinsbeweis die vom (allenfalls herabgesetzten) Beweismass geforderte Überzeugung nicht erreicht werden kann, ist zu verwerfen.

---

657 BRÖNNIMANN, Anscheinsbeweis, S. 18; WALTER, Anscheinsbeweis, S. 450 f.; OFTINGER/STARK, Band 2/1, § 19 N 91.

658 JOST, S. 12; BLUMER, S. 31.

659 WASSERMEYER, S. 2 ff.; ohne Begründung: RIEZLER, S. 575 f.

660 Vgl. PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 286 N 53; SUTTER, S. 58.

661 Selbst wenn man davon ausgeht, dass die notwendige Überzeugung nicht erreicht werden kann, müsste die Beweislastumkehr legitimiert werden. Weshalb diese in den Fallkonstellationen des Anscheinsbeweises gerechtfertigt ist, lässt sich der Literatur nicht entnehmen.

## 3. Anscheinsbeweis verschiebt die Beweisführungslast

Richtig ist hingegen, dass der Anscheinsbeweis für die Gegenpartei ähnliche Auswirkungen hat wie die Beweislastumkehr.[662] Die Anscheinsbeweisgegnerin ist gezwungen, einen anderen Geschehensablauf vorzutragen und mit Indizien zu belegen. Andernfalls sieht das Gericht den Kausalverlauf als bewiesen an. Die objektive Beweislast ändert sich durch den Anscheinsbeweis zwar nicht. Es verschiebt sich aber die subjektive Beweisführungslast.[663] Im Laufe des Verfahrens können objektive Beweislast und subjektive Beweisführungslast auseinanderfallen.[664] Erachtet das Gericht eine Tatsache aufgrund von Erfahrungssätzen oder von bereits abgenommenen Beweismitteln vorläufig als bewiesen, so verschiebt sich die subjektive Beweisführungslast zur Partei, die anfangs nicht beweisbelastet war.[665] Die deutsche Lehre sieht das praktisch bedeutsamste Beispiel der sich verschiebenden Beweisführungslast beim Anscheinsbeweis.[666] Dieser Mechanismus ist im angloamerikanischen Recht ebenso anerkannt wie bei den Vermutungen im französischen Recht.[667] Hat die beweisbelastete Partei den Beweis vorläufig geführt, muss die Gegenpartei den «prima facie case» erschüttern, ansonsten ist der Beweis definitiv erbracht.[668]

In der Schweiz scheint einzig WUILLEMIN zu bestreiten, dass sich die konkrete Beweisführungslast verschieben kann.[669] Der Autor argumentiert,

662 HABSCHEID, N 647.

663 WALTER, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 381; HOHL, Festschrift Vogel, S. 156 f.; SCHLAURI, N 602; UMBACH/WEBER, S. 133 f. Diese Besonderheit wurde in der materiell-rechtlichen Literatur in der Schweiz erkannt. Beispielsweise führt JOST, S. 12 zum Werkmangel aus: *«Dergestalt erfolgt auch für den Beweis der Fehlerhaftigkeit unter den genannten Verhältnissen eine gewisse Umkehrung der Beweislast vom Kläger auf den Beklagten, indem letzterem der Beweis mangelnder Fehlerhaftigkeit des Werkes, zumindest der Möglichkeit eines andern Kausalzusammenhangs, auferlegt wird.»* Zum deutschen Recht: SAENGER, Handkommentar D-ZPO, § 286 N 39; ENGELS, S. 61; ALFTER, S. 298; LAUMEN, Beweiserleichterung, S. 3742; BAUMGÄRTEL/LAUMEN, Kp. 17 N 33; AHRENS, Kp. 16 N 11. Im deutschen Recht wird teilweise zwischen subjektiver und konkreter Beweisführungslast unterschieden, siehe PRÜTTING, Beweislast, S. 7 ff. Auf diese Differenzierung wird im schweizerischen Recht verzichtet.

664 Siehe dazu BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Vor Art. 150-193 N 21 f.

665 PRÜTTING, Beweislast, S. 7 ff.; ENGELS, S. 61 f.

666 BAUMGÄRTEL, S. 45 f.

667 Wie bereits ausgeführt, ist die dogmatische Interpretation im angloamerikanischen Recht jedoch umstritten, vgl. PORAT/STEIN, S. 89 f.; zum französischen Recht: QUÉTAND-FINET, S. 26.

668 KHOURY, S. 32.

669 WUILLEMIN, N 259; vgl. auch BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Vor Art. 150-193 N 21, der das Hin- und Herpendeln der Beweisführungslast nur als *«theoretische Erscheinung»* ansieht; a.A. WALTER, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 180; BRACHER, N 65.

dass ein Hin- und Herpendeln der Beweisführungslast[670] aufgrund der restriktiven Novenschranke nicht möglich sei. Die Parteien würden in ihren Rechtsschriften Beweismittel offerieren, welche vom Gericht nach Aktenschluss abgenommen werden. Kommt das Gericht nach der Abnahme der Beweismittel zum Schluss, dass der Hauptbeweis gelungen sei, könne die Gegenpartei nicht mehr reagieren und neue Beweismittel offerieren.[671] Diese Argumentation ist deshalb falsch, weil sie auf einer falschen Vorstellung von Beweiswürdigung beruht. Im Falle des Anscheinsbeweises (wie auch der natürlichen Vermutung) wird der Hauptbeweis nicht erst durch die Abnahme von Beweismitteln, sondern durch einen bereits bekannten Erfahrungssatz erbracht. Ein formelles Beweisverfahren ist nicht notwendig.

### 4. Beweis von Indizien beim Gegenbeweis

Wenn sich mit dem Anscheinsbeweis die Beweislast nicht umkehrt, handelt es sich beim «Erschüttern» um einen Gegenbeweis (und nicht um den Beweis des Gegenteils).[672] Mit dem Gegenbeweis versucht die Prozessgegnerin den Hauptbeweis derart zu erschüttern, dass das Gericht von der Tatsache nicht mehr genügend überzeugt ist.[673]

Beim Gegenbeweis wird zwischen dem direkten und dem indirekten Gegenbeweis unterschieden.[674] Bestreitet die Prozessgegnerin die Behauptung der beweisbelasteten Partei mit einer gegenteiligen, lediglich negierenden Aussage und bezeichnet dafür eigene Beweismittel, handelt es sich um einen direkten Gegenbeweis. Die bestreitende Partei kann aber auch eigene Tatsachenbehauptungen zum relevanten Beweisthema aufstellen und dafür wiederum Gegenbeweismittel bezeichnen.[675] Die Prozessgegnerin schildert den Sachverhaltsablauf damit aus eigener Sicht.[676] Genau diese Situation

---

670 Siehe zu diesem Begriff: MUSIELAK, Beweislast, S. 49.

671 WUILLEMIN, N 259.

672 Davon gehen zwar auch die Vertreter der Beweislasttheorie aus. Zur Kritik an dieser inkonsequenten Haltung siehe PRÜTTING, Beweislast, S. 98.

673 Urteil 4A_194/2016 des BGers vom 8. August 2016, E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.4 S. 326.

674 Teilweise wird diese Unterscheidung in der schweizerischen Lehre auch gar nicht vorgenommen, siehe BERGER/NOGLER, S. 170; LEU, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 154 N 71 ff.; in alten Werken wird der indirekte Gegenbeweis als Beweis von Einredetatsachen verstanden, siehe SCHURTER, S. 108 f.

675 Die den Hauptbeweis erschütternden Zweifel können auch lediglich durch den Parteivortrag (bzw. ein Privatgutachten) geschürt werden, vgl. Urteil 4A_85/2017 des BGers vom 4. September 2017, E. 2.3. Diese Situation dürfte allerdings nur ausnahmsweise eintreten.

676 WUILLEMIN, N 147; BRÖNNIMANN, Berner Kommentar ZPO, Art. 154 N 17; SCHMID, Hans, S. 17; BÜHLER, Beweismass, S. 4 bezeichnet den indirekten Gegenbeweis als

liegt beim Anscheinsbeweis vor. Die wenigen bekannten Indizien und der typische Geschehensablauf erzeugen eine vorläufige Überzeugung zugunsten der geschädigten Partei. Damit die Anscheinsbeweisgegnerin diese Überzeugung erschüttern kann, muss sie einen abweichenden Kausalverlauf darlegen und Indizien vorbringen, die für einen solchen sprechen. Die Erschütterung gelingt nur mit einem «indirekten» Gegenbeweis.[677]

Umstritten ist, ob die für den Gegenbeweis angeführten Indizien nur dann berücksichtigt werden dürfen, wenn das Gericht von deren Vorhandensein nach dem anwendbaren (Regel-)Beweismass überzeugt ist. Die Rechtsprechung scheint diese Ansicht zu vertreten.[678] Die Gegenansicht geht davon aus, dass ein Gegenbeweis auch erbracht werden kann, wenn die Indizien nur möglicherweise «wahr» sind.[679] Diese Ansicht beruht auf einer Gesamtwürdigung des abweichenden Sachverhalts. Danach können am typischen Geschehensablauf mit nur (mehr oder weniger) «wahrscheinlichen» Indizien genügend Zweifel geschürt werden. Überzeugender scheint letztere Ansicht. Mit dem Gegenbeweis will die Anscheinsbeweisgegnerin die gerichtliche Überzeugung dadurch erschüttern, dass sie die Möglichkeit eines alternativen Kausalverlaufs aufzeigt. Je wahrscheinlicher dieser ist, desto eher vermag er die Überzeugungskraft des typischen Geschehensablaufs zu erschüttern. Je grösser die Zweifel beim Gericht sind, dass das Indiz tatsächlich vorliegt, desto weniger spricht auch für den alternativen Kausalverlauf.[680] In aller Regel wird die Erschütterung deshalb nur dann gelingen, wenn das Indiz einigermassen sicher feststeht.

---

erweiterten oder qualifizierten Gegenbeweis. Letzterer Begriff wird ebenfalls verwendet, wenn der Beweisgegner nicht nur den Hauptbeweis erschüttert, sondern das Gericht zusätzlich vom eigenen Standpunkt überzeugt, siehe WALTER, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 67.

677 Mit einem direkten Gegenbeweis kann die Anscheinsbeweisgegnerin in aller Regel nur den typischen Geschehensablauf angreifen, siehe dazu S. 190 f. hinten. Ebenso die Rechtsprechung zur Erschütterung des Anscheinsbeweises beim Arztzeugnis, Urteil ZKBER.2019.66 des Obergerichts Solothurn vom 28. November 2019, E. 2.4.

678 Urteil ZH LB170007 des OGers ZH vom 25. Oktober 2017, E. II.4 S. 11 mit Verweis auf GULDENER, Beweiswürdigung, S. 58. Der Autor geht davon aus, dass aus Gründen der Rechtssicherheit solch hohe Anforderungen zu stellen sind, vgl. DERSELBE, Beweiswürdigung, S. 7; ebenso Urteil ZKBER.2019.66 des Obergerichts Solothurn vom 28. November 2019, E. 2.4. Diese Ansicht entspricht der h.L. und Rechtsprechung im deutschen Recht: LAUMEN, Prütting/Gehrlein, § 284 N 14; GREGER, Zöller ZPO, Vor § 284 N 29; BGH NJW 1991, 230, 231 m.w.H. zum Indiz, das den Anscheinsbeweis erschüttern soll.

679 WUILLEMIN, N 149; SUMMERMATTER, S. 445; NACK, S. 370; SCHWEIZER, Habil., S. 20, wonach Indizien nicht voll bewiesen werden müssen, unabhängig davon, ob sie beim Haupt- oder Gegenbeweis eingesetzt werden. Dem Indiz wird lediglich grössere Bedeutung zugemessen, je plausibler es ist, dass es wahr ist.

680 Ein «Ausgangsindiz» muss allerdings immer feststehen (z.B. macht der Zeuge tatsächlich eine Aussage zum Sachverhalt), siehe SCHWEIZER, Habil., S. 20.

# III. Ausserordentliche Beweismassherabsetzung?

Die Untersuchung hat ergeben, dass der Anscheinsbeweis nicht die objektive Beweislast umkehrt, sondern nur die Beweisführungslast verschiebt. Nun gilt es, den Zusammenhang von Anscheinsbeweis und Beweismass zu klären. Bundesgericht und h.L. sehen im Anscheinsbeweis keine ausserordentliche Beweismassreduktion.[681] Diese Annahme ist zu überprüfen. Zu untersuchen ist, welches Beweismass Anwendung findet und welche Anforderungen dieses – beim Anscheinsbeweis – an die gerichtliche Überzeugung stellt.

## 1. Elemente des Beweismasses: Wahrheit und Überzeugung

Das Beweismass legt fest, mit welcher Sicherheit das Gericht von der *Wahrheit* einer Tatsachenbehauptung *überzeugt* sein muss.[682] Das Grundproblem besteht jedoch darin, dass *die* Wahrheit im Prozess nicht sicher ermittelt werden kann. Die deutsche Lehre hat deshalb zwei Ansätze entwickelt,[683] wie mit diesem Problem umzugehen ist.[684] Nach dem Ansatz der subjektiven Beweismasstheorie stellt die «Überzeugung» das entscheidende Kriterium dar. Entscheidend ist danach das subjektive Empfinden der einzelnen Richterin.[685] Ob diese Überzeugung mit der Wirklichkeit übereinstimmt, ist irrelevant. Der andere Ansatz stellt die «objektiven Aspekte» ins Zentrum des Beweismasses.[686] Ziel dieser Beweismasstheorie ist es, die gerichtliche Überzeugungsbildung zu objektivieren, indem die persönliche Überzeugung keine Rolle spielt. Entscheidend ist vielmehr die Übereinstimmung mit «objektiven» Wahrscheinlichkeiten (z.B. Statistiken).[687]

Die Bedeutung dieser unterschiedlichen theoretischen Ansätze darf jedoch nicht überschätzt werden.[688] Rein subjektive Theorien sind nicht zielführend. Es steht ausser Frage, dass die Wahrheitssuche nicht aufgegeben

---

681 Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 4.4.2.2; BRÖNNIMANN, Anscheinsbeweis, S. 20 f.; HABSCHEID, N 647; WALTER, Anscheinsbeweis, S. 454 f.

682 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.159; SCHWEIZER, Habil., S. 15.

683 Abweichend davon die Darstellung von PRÜTTING, Beweislast, S. 59 ff., der die Frage nach dem richtigen Wahrscheinlichkeitsbegriff davon abtrennt.

684 Auf diese Kategorisierung stellen z.B. ab: GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 186 ff.; MAASSEN, S. 23 ff. Ebenso zum schweizerischen Recht: BERGER-STEINER, Dissertation, N 05.43 ff.; 05.84 ff.

685 HUBER, S. 69 f.

686 ENGELS, S. 23.

687 Vgl. MAASSEN, S. 5 ff.; GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 187.

688 STICKELBROCK, S. 358.

werden darf. Das Gericht muss wenigstens versuchen, die Wahrheit zu ermitteln. Rein objektive Theorien scheitern daran, dass sie nicht praxistauglich sind. Objektive «Messwerte» sind nur in seltenen Fällen vorhanden.[689] Die traditionelle Beweismasslehre in Deutschland stellt aus diesem Grund die Überzeugung in den Vordergrund und kann damit im Ausgangspunkt als subjektiv bezeichnet werden.[690] Allerdings geht damit nicht eine gänzliche «Subjektivierung» einher. Die vom Gericht gebildete Überzeugung muss für Dritte nachvollziehbar sein.[691]

Aus den dargelegten Gründen gibt es gar keine Alternative zu einer derartigen Kompromisslösung. Darin liegt wohl der Grund, weshalb in der schweizerischen Lehre kein vergleichbarer Theorienstreit existiert.[692] Rechtsprechung und Lehre scheinen sich ohne grosse Kontroverse auf einen dem deutschen Recht schlussendlich sehr ähnlichen Kompromiss geeinigt zu haben.[693] Das Beweismass kann im Grundsatz ebenfalls als subjektiv qualifiziert werden.[694] Das zeigt sich schon daran, dass der Beweis als Vorgang der Überzeugungsbildung bezeichnet wird. In der Literatur wird ausgeführt, dass es beim Beweismass um die *«Intensität der Überzeugung»*[695], die *«Intensität des Nachweises einer Tatsache»*[696] oder den *«Sicherheitsgrad»*[697] geht. Die Wahrheitssuche darf jedoch nicht zugunsten einer rein subjektiven Ansicht aufgegeben werden. Diese «Objektivierung» der Überzeugungsbildung wird mit der Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass das Gericht an die Denk- und Erfahrungsgesetze gebunden ist.[698] Das Bundesgericht betont, dass das Gericht nach *«objektiven Gesichtspunkten»* von einer Tatsache überzeugt sein muss.[699]

689 Wird hingegen auf die Erfahrung abgestellt, um die Häufigkeit zu schätzen, kann nicht von einem frequentistischen Wahrscheinlichkeitsbegriff gesprochen werden, so aber: MAASSEN, S. 5 ff.

690 HUBER, S. 69 ff.; SUMMERMATTER, S. 478 m.w.H.

691 Vgl. PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 286 N 11.

692 GUYAN, BSK ZPO, Art. 157 N 3; HOHL, Festschrift Vogel, S. 130; DIESELBE, Réalisation, N 363.

693 Siehe dazu ausführlich: BERGER-STEINER, Dissertation, N 05.43 ff.

694 BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Vor Art. 151–193 N 2; HOHL, Festschrift Vogel, S. 129.

695 HASENBÖHLER, Beweisrecht Band 1, N 5.60a; GROLIMUND, Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 37; SUTTER-SOMM, N 897; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.159.

696 MEIER, Zivilprozessrecht, S. 285.

697 AEPLI, Fachhandbuch Zivilprozessrecht, N 20.89.

698 GUYAN, BSK ZPO, Art. 157 N 3.

699 BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324.

## 2. Kern des Beweismasses: Wahrscheinlichkeitsverständnis

Mit dem Beweismass wird der Grad der Überzeugung von der Wahrheit beschrieben. Die sichere Erkenntnis von Wahrheit ist aber nicht möglich. In der Umgangssprache wird ein geringerer Überzeugungsgrad damit zum Ausdruck gebracht, dass ein Ereignis wahrscheinlich ist.[700] Auch in der juristischen Terminologie wird auf den Begriff der *Wahrscheinlichkeit* zurückgegriffen, um die «Abstriche» beim Überzeugungsgrad[701] zu beschreiben. Gelegentlich wird betont, dass jeder Beweis ein «Wahrscheinlichkeitsbeweis» sei.[702]

Der Begriff der Wahrscheinlichkeit wurde in der vorliegenden Arbeit bereits verwendet. Wie ausgeführt, werden Erfahrungssätze mit Wahrscheinlichkeitsangaben beschrieben (S. 91 ff.). Statistische Erfahrungssätze enthalten die probabilistische Aussage, wie oft Faktor x das Ergebnis y verursacht. Bei den Erfahrungssätzen ist die Wahrscheinlichkeit selbst Beweisgegenstand. Die Wahrscheinlichkeit kann aber auch dazu dienen, die Überzeugung des Gerichts auszudrücken. Beim Beweismass ist die Wahrscheinlichkeit der *«Gradmesser»* der Überzeugung.[703] In Deutschland wurde die Wahrscheinlichkeit als Massstab für das Beweismass bereits vom kaiserlichen Reichsgericht erwähnt. Aufgrund der Erkenntnis, dass es nicht möglich ist, die Wahrheit zu kennen, begnügte sich das Gericht mit einem hohen Grad von Wahrscheinlichkeit. Dieser entspricht gemäss dem Gericht im praktischen Leben der Wahrheit.[704] In den angloamerikanischen Staaten existiert ganz überwiegend ein probabilistisches Verständnis, um den Überzeugungsgrad auszudrücken.[705] Ein solches kommt in der gängigen Beweismassformel zum Ausdruck, wonach es um *«proof on a preponderance of probabilities»* geht.[706] Im Gegensatz dazu will man sich in Frankreich grundsätzlich nicht mit blossen Wahrscheinlichkeiten zufriedengeben. Die Aufgabe

700 Meist geht es um ein Urteil, das aufgrund von nur unvollständigen Informationen zustande kommt, vgl. SCHWEIZER, Habil., S. 98 mit Verweis auf ROSENTHAL, S. 16.

701 A.M. BERGER-STEINER, Dissertation, N 05.76, die davon ausgeht, dass die Überzeugung immer gleich hoch ist, jedoch Abstriche bei der «objektiven Komponente» des Beweismasses, d.h. bei der «Wahrheit» zu machen sind.

702 Z.B. ENGELS, S. 28; HUBER, S. 104; MUSIELAK, Beweislast, S. 120 ff.

703 GOLD, S. 381 f.

704 Vgl. GREGER, Beweis und Wahrscheinlichkeit, S. 32 f. mit Nachweisen.

705 Statt vieler: GOLD, S. 381; COHEN, S. 49 ff.; ALLEN/PARDO, Relative Plausibility, S. 3 der Online-Publikation.

706 BRINKMANN, Beweismass, S. 23.

des Gerichts besteht darin, die Wahrheit zu ergründen.[707] Immerhin betonen gewisse Autoren, dass es sich aus praktischer Sicht eher um einen (hohen) Wahrscheinlichkeitsgrad handelt.[708]

In der Schweiz ist vor allem in der aktuelleren Literatur unstrittig, dass es sich beim Beweismass um einen Wahrscheinlichkeitsgrad handelt.[709] Ein Beweis ist nach dem Regelbeweismass erbracht, wenn für eine behauptete Tatsache ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit besteht, dass vernünftigerweise nicht mehr mit der Möglichkeit des Gegenteils gerechnet werden muss.[710] Beim Beweismass der «überwiegenden Wahrscheinlichkeit» ist das Abstellen auf die Wahrscheinlichkeit offensichtlich.[711]

Um zu prüfen, ob der nach dem Beweismass notwendige Überzeugungsgrad vorhanden ist, muss sich das Gericht fragen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass sich die behauptete Tatsache ereignet hat.[712] Diese Formulierung ist für jedes Beweismassverständnis zutreffend, weil alle auf *«die»* Wahrscheinlichkeit abstellen.[713] Was damit gemeint ist, wird in Standardwerken aber kaum jemals gesagt.[714] Tatsächlich gibt es kein einheitliches Verständnis von Wahrscheinlichkeit.[715] Der Begriff lässt sich auf unterschiedlichste Art und Weise verstehen.[716] Beim Entscheid, auf welchen Wahrscheinlichkeitsbegriff abgestellt wird, zeigen sich die eigentlichen Unterschiede von verschiedenen Beweismasstheorien.[717]

Die Wahrscheinlichkeit kann zuerst einmal völlig untechnisch in einem umgangssprachlichen Sinn verwendet werden. Der Begriff wird dann benutzt, um zu sagen, dass eine Tatsache sehr, wenig oder nicht plausibel ist.[718] Man könnte auch von einer alltäglichen Erlebniswahrscheinlichkeit sprechen.[719]

---

707 VERGÈS/KHOURY, S. 522.

708 KINSCH, S. 460 ff.

709 KAUFMANN, S. 23 ff. und 60 f.; HABSCHEID, N 635; SUMMERMATTER/JACOBER, S. 137; AEPLI, Fachhandbuch Zivilprozessrecht, N 20.91 f.; HASENBÖHLER, Beweisrecht Band 1, N 5.61 ff.; JUNGO, Art. 8 ZGB N 143. Es finden sich aber auch schon in der älteren Lehre solche Voten, z.B.: SCHURTER/FRITZSCHE, S. 522; SIEGRIST, S. 13, 17.

710 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.160.

711 Siehe BGE 144 III 264, E. 5.2 S. 269; BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324.

712 Vgl. REHBINDER, S. 192.

713 Vgl. STICKELBROCK, S. 359 ff.

714 Z.B.: MEIER, Beweismass, S. 61.

715 ENGELS, S. 28.

716 WEBER, S. 30 ff.; GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 189 ff.

717 A.A. BERGER-STEINER, Dissertation, N 05.56, welche die Wahrscheinlichkeit mit objektiven Beweismasstheorien verknüpft.

718 SCHWEIZER, Habil., S. 97 f.

719 GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 191.

Dieses Verständnis dürfte in der Schweiz in Rechtsprechung und Lehre vorherrschen. Nur so lässt sich erklären, weshalb die Lehre in der Schweiz es ablehnt, das Beweismass als numerische Wahrscheinlichkeit zu verstehen,[720] aber dennoch die einzelnen Beweisgrade mit illustrativen Wahrscheinlichkeitswerten (z.B. 90 % für das Regelbeweismass) beschreibt.[721] Diese Illustration ist darauf zurückzuführen, dass Worte kaum geeignet sind, den Grad der Überzeugung konkret und verständlich zu beschreiben.[722] Wie der illustrative Wahrscheinlichkeitswert allerdings zustande kommt und welche Aussage dieser enthält, wird wiederum nicht klar gesagt.

Im Gegensatz dazu lässt sich die Wahrscheinlichkeit auch «technisch» verstehen. Häufig geht es um ein numerisches Wahrscheinlichkeitsverständnis.[723] Die Wahrscheinlichkeit wird mit einem Wert zwischen 0 und 1 zum Ausdruck gebracht. Wie vorne dargelegt, wollen die «New Evidence Scholars» mit den Axiomen der Wahrscheinlichkeitstheorie und mathematischen Regeln die Wahrscheinlichkeit einer Tatsache berechnen (S. 101 ff.). Bei einem numerischen Verständnis gibt es wiederum verschiedene Konzepte, wie die «Zahlen» überhaupt ermittelt werden. Die mathematischen Regeln helfen dabei nicht, sondern setzen solche Werte voraus.[724] Beim klassischen Wahrscheinlichkeitsbegriff nach *Laplace* wird das gesuchte Ereignis durch die möglichen Ergebnisse geteilt (die Wahrscheinlichkeit, eine «Eins» zu würfeln, beträgt ein Sechstel). Bei frequentistischen Wahrscheinlichkeiten handelt es sich um «statistische» Wahrscheinlichkeiten, d.h., wie häufig ein Ereignis in einer Kohorte vorkommt.[725] Bei der im juristischen Kontext wohl vorherrschenden subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie geht es hingegen darum, die Wahrscheinlichkeit einer einzelnen Tatsache abzuschätzen und aufgrund der persönlichen Einschätzung einen numerischen Wert zuzuordnen.[726] Damit zeigen sich bei der Bestimmung der Wahrscheinlichkeitswerte wiederum ähnliche Probleme, wie sie im deutschen Recht mit den subjektiven und objektiven Beweismasstheorien beschrieben werden.

720 Vgl. BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Vor Art. 151-193 N 9, wonach es bei prozentualen Wahrscheinlichkeitsangaben *«einzig um eine Heuristik zum besseren Verständnis des erforderlichen Grades der subjektiven Überzeugung»* geht.

721 Siehe z.B.: BERGER-STEINER, Dissertation, N 06.67 ff.; 06.115 ff.; AMSTUTZ/KELLER/REINERT, S. 117.

722 Ähnlich: HOHL, Festschrift Vogel, S. 130.

723 Siehe COHEN, S. 1 ff., 129 ff., der «baconsche» Wahrscheinlichkeiten (d.h. bloss ordinale Wahrscheinlichkeiten wie x ist wahrscheinlicher wie y) von «pascalschen», d.h. numerischen Wahrscheinlichkeiten unterscheidet, siehe ebenso HOLLÄNDER, S. 18.

724 Vgl. KAPLAN, S. 1066 f.; siehe dazu ausführlich: SCHWEIZER, Habil., S. 95 ff.

725 STEEL, Proof of Causation, S. 62.

726 BRINKMANN, Beweismass, S. 23 f.

## 3. Anscheinsbeweis bei herkömmlichem Beweismasskonzept

H.L. und Rechtsprechung in der Schweiz lehnen es wie ausgeführt ab, die Wahrscheinlichkeit in einem «numerischen» Sinne zu verstehen. Sie beschreiben den Wahrscheinlichkeitswert deshalb mit Worten (und illustrieren diese Umschreibung mit Zahlen).[727] Beim Regelbeweismass muss das Gericht nach *«objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt sein»*.[728] Allerdings geht es nicht um an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit,[729] sondern darum, dass Zweifel unerheblich erscheinen.[730] Bei diesem Wahrscheinlichkeitsverständnis handelt es sich damit um eine Art rationalen Glaubens.[731] Daraus folgt, dass Erfahrungssätze ebenfalls nur vage umschrieben werden. Ein Erfahrungssatz könnte also lauten, dass Faktor x [selten / manchmal / oft / fast immer] zum Ereignis y führt.

Diese Annahme stimmt mit den Ausführungen zum typischen Geschehensablauf überein. Es wurde festgestellt, dass beim Anscheinsbeweis kein genauer Prozentsatz abgeschätzt werden kann, wie häufig bei der Kausalität eines bestimmten Faktors der Ist-Zustand zum Schadenereignis führt bzw. wie hoch bei der Irgendwie-Verursachung die Wahrscheinlichkeit ist, dass das Schadensereignis durch eine Abweichung vom Soll-Standard verursacht wurde (S. 101 ff.). Aus diesem Grund macht der typische Geschehensablauf bei der Kausalität eines bestimmten Faktors die Aussage, dass der Ist-Zustand viel häufiger zum Schadensereignis führt als der Soll-Standard. Bei der Irgendwie-Verursachung ist der typische Geschehensablauf gegeben, wenn der Soll-Standard nur sehr selten zum Schadensereignis führt. Diese Umschreibungen fügen sich somit nahtlos in das Beweismassverständnis der h.L. ein. Mithilfe des typischen Geschehensablaufs und der – wiederum nicht in Prozentzahlen bezifferten – Wahrscheinlichkeit alternativer Ursachen schätzt das Gericht den im konkreten Fall erreichten Überzeugungsgrad ab.

### 3.1 Kausalität: Überwiegende Wahrscheinlichkeit

Im deutschen Recht findet beim Beweis der haftungsbegründenden Kausalität das Regelbeweismass Anwendung.[732] Die für den Alltag taugliche Über-

727 Vgl. aus rechtsvergleichender Sicht HOLLÄNDER, S. 18.

728 BGE 140 III 610 E. 4.1 S. 612; BGE 128 III 271 E. 2b/aa.

729 A.A.: BERGER-STEINER, Kausalitätsbeweis, S. 23. Allerdings versteht die Autorin darunter dennoch bloss eine «Wahrscheinlichkeit» von 90 %.

730 BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275.

731 WEBER, S. 31; BUNGE, S. 348; ähnlich GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 191, der dieses Konzept als Erlebniswahrscheinlichkeit bezeichnet.

732 BGH NJW 2019, 2092; WALTER, Freie Beweiswürdigung, S. 191.

zeugung von der Wahrheit[733] muss damit auch beim Kausalitätsbeweis erreicht werden. Im Gegensatz dazu gilt in der Schweiz beim Kausalitätsbeweis das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.[734] Dieses Beweismass kommt – abgesehen von der (seltenen) gesetzlichen Anordnung – dann zur Anwendung, wenn eine typische Beweisnot vorliegt.[735] Eine solche liegt gemäss Bundesgericht vor, *«wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die [...] Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können»*.[736]

Die Begründung des Bundesgerichts ist zwar nicht überzeugend. Es kommt nicht typischerweise (oder gar immer) zu Beweisschwierigkeiten, wenn der Beweis mit Indizien zu führen ist.[737] Die meisten Tatsachenbehauptungen müssen erschlossen werden.[738] Klar ist hingegen, dass der Kausalitätsbeweis in vielen Fällen schwierig zu erbringen ist, weil es um hypothetische, kontrafaktische Überlegungen geht. Die natürliche Kausalität ist der in der Praxis bedeutsamste Anwendungsfall der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Diese Beweismassreduktion ist unbestritten und gerechtfertigt. Sie erleichtert die Diskussion zur beweisrechtlichen Einordnung des Anscheinsbeweises erheblich.

Einerseits wird die Frage irrelevant, ob und wann mit dem Anscheinsbeweis auch das Regelbeweismass erfüllt wird. Anderseits steht damit fest, dass der Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors nicht mit einer zusätzlichen, ausserordentlichen Beweismassreduktion einhergeht. Zwar existiert mit dem «Glaubhaftmachen» noch ein weiterer Beweisgrad mit tieferen Anforderungen. Allerdings kommt dieses Beweismass nur bei expliziter gesetzlicher Anordnung zur Anwendung (z.B. bei vorsorglichen Massnahmen).[739] Im Hauptverfahren kann der Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors demzufolge gar nicht mit einer ausserordentlichen Beweismassherabsetzung einhergehen.

733 Siehe BGE NJW 1970, 946: *«Der Richter darf und muss sich [...] mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschliessen.»*

734 BGE 132 III 715 E. 3.2 S. 720; BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 276; BGE 121 III 358 E. 5 S. 363;

735 BERGER-STEINER, ZBJV, S. 305.

736 BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324.

737 PASQUIER, Dissertation, N 74.

738 BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.06.

739 BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Vor Art. 150-193 N 12; BGE 140 III 610 E. 4.3.1 S. 613; BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720. Für die Hauptsacheprognose im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen muss es jedoch möglich sein, den Kausalverlauf mit einem Anscheinsbeweis nachzuweisen.

Zwar gibt es auch im schweizerischen Recht Autoren, die im Anscheinsbeweis eine derartige Beweismassherabsetzung erblicken.[740] Im Unterschied zur vorliegenden Arbeit verstehen diese Autoren den Anscheinsbeweis aber nicht nur als Vorgang der Überzeugungsbildung bei Kausalverläufen, sondern sprechen auch bei anderen Tatsachen, bei welchen das Regelbeweismass Anwendung findet, von einem Anscheinsbeweis. Ob bei diesen Vorgängen der Überzeugungsbildung das Beweismass herabgesetzt wird, interessiert vorliegend nicht. Für den Beweis der natürlichen Kausalität ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit anwendbar, und zwar unabhängig davon, ob die Überzeugung mit einem Anscheinsbeweis gebildet wird oder auf sonstige Weise.

Der Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann erbracht, *«wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen»*.[741] Diese Formulierung zeigt, dass beim Entscheid, ob das (reduzierte) Beweismass erfüllt ist, alternativen Geschehensabläufen respektive Kausalverläufen grosses Gewicht zugemessen wird.[742] Die Anforderungen des Beweismasses fügen sich damit in die Untersuchung der Überzeugungsbildung im 3. Kapitel ein. Die Wahrscheinlichkeit des von der geschädigten Partei behaupteten Kausalverlaufs wird immer in Relation zu den anderen möglichen Ursachen beurteilt.[743]

Beim Anscheinsbeweis fordert das Bundesgericht in 4A_262/2016, *«dass die Typizität des rechtserheblichen Geschehens nach allgemeiner Lebenserfahrung eine behauptete Tatsache als wahr erscheinen lässt, weil Abweichendes*

740 Z.B. SCHLAURI, N 605 ff.; so wohl auch: GROLIMUND, Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 40 FN 52.

741 BGE 140 III 610 E. 4.1 S. 612; Urteil 4C.222/2004 des BGers vom 14. September 2004, E. 2.1 (nicht publiziert in BGE 131 III 12); ähnlich schon BGE 32 II 669 S. 674, wonach es genügt, wenn *«die andere Möglichkeit vernünftiger- und normalerweise nicht mehr in Betracht kommen kann»*.

742 Vgl. auch schon BGE 45 II 92 E. 2 S. 98, wonach es genügt, wenn die *«die überwiegende Wahrscheinlichkeit für den vom Beweispflichtigen behaupteten Kausalverlauf spricht und dieser nach der Erfahrung des Lebens jede daneben an sich bestehende Möglichkeit eines anderen Kausalverlaufs überwiegt»*; BGE 67 II 119 E. 3.2 S. 122; BGE 57 II 196 E. 4 S. 208 f.; BGE 53 II 419 E. 1 S. 426.

743 BÜHLER, Gerichtsgutachten, S. 41; ebenso betont GREGER, Anscheinsbeweis, S. 1103, dass es beim Kausalzusammenhang oftmals notwendig ist, dass die möglichen Alternativen gedanklich durchgespielt werden. Kritisch zu diesem Vorgehen: BERGER-STEINER, Kausalitätsbeweis, S. 24, wonach es im Allgemeinen nicht ausreicht, wenn ein Sachverhaltshergang lediglich die wahrscheinlichste Variante ist. Damit sei nämlich nicht ausgeschlossen, dass andere Sachverhaltsvarianten *«nur unwesentlich näher liegen»*.

*ausserhalb jeder vernünftigen Betrachtungsweise läge».*[744] Diese Formulierung kann aufgrund der Erkenntnisse präzisiert werden. Einerseits muss beim anwendbaren Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit Abweichendes nicht ausserhalb jeder vernünftigen Betrachtungsweise liegen, sondern *«nicht massgeblich in Betracht fallen»*. Anderseits kann die «Typizität» mit den Elementen der Überzeugungsbildung (typischer Geschehensablauf und Wahrscheinlichkeit anderer Kausalverläufe) präzisiert werden.

Die Anforderungen für den Anscheinsbeweis bei der Kausalität eines bestimmten Faktors lassen sich somit wie folgt formulieren: *«Die beim natürlichen Kausalzusammenhang notwendige Überzeugung wird mit dem Anscheinsbeweis dann erbracht, wenn die bekannte potenzielle Ursache so viel häufiger zum Schadensereignis führt als der Soll-Standard, dass ohne Indizien, die für einen alternativen Kausalverlauf sprechen, solche anderen denkbaren Möglichkeiten nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht massgeblich in Betracht fallen.»*

Diese Anforderungen sind zugegebenermassen immer noch sehr abstrakt. Aus der Formulierung geht nicht hervor, wie viel «wahrscheinlicher» die bekannte Ursache im Vergleich zu atypischen Verläufen sein muss. Das hängt mit der Formulierung des Beweismasses (der überwiegenden Wahrscheinlichkeit) zusammen. So genügt es nach h.L. nicht, dass ein Sachverhaltshergang nur wahrscheinlicher ist als ein anderer.[745] Es braucht ein «Mehr» an Überzeugung, weshalb auch von einem – wie gesagt inhaltlich unklaren – Wahrscheinlichkeitswert von 75 % gesprochen wird.[746]

### 3.2 Irgendwie-Verursachung: Beweismassherabsetzung

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, dass keine zusätzliche Beweismassreduktion mit dem Anscheinsbeweis einhergeht, wenn auf die natürliche Kausalität geschlossen wird. Weniger klar ist die Situation jedoch, wenn es nicht um die Kausalität eines bestimmten Faktors geht, sondern vom Schadensereignis auf eine Irgendwie-Verursachung geschlossen wird. Im schweizerischen Recht wird darin vereinzelt eine ausserordentliche Beweismass-

744 Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 4.4.2.1.

745 Urteil 4A_397/2008 des BGers vom 23. September 2008, E. 4, wonach eine Wahrscheinlichkeit von 51 % nicht genügt. Vgl. auch BGE 140 III 610 E. 4.1 S. 612, wonach andere Varianten weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen dürfen. BERGER-STEINER, Kausalitätsbeweis, S. 25 f. geht davon aus, dass die (Alltags-)Wahrscheinlichkeit für die Kausalität des behaupteten Sachverhaltsablaufs derart hoch sein muss, dass für abweichende Geschehen kein ernst zu nehmender Raum verbleibt.

746 LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.163; HASENBÖHLER, Beweisrecht Band 1, N 5.62; SUTTER-SOMM, N 907.

reduktion erblickt.[747] Die h.L. sieht bei diesem Überzeugungsbildungsvorgang allerdings keine Beweismassreduktion.[748] Das Bundesgericht scheint ebenfalls letztere Ansicht zu vertreten,[749] wenn es die Schlussfolgerung wie in einigen Entscheiden als natürliche Vermutung bezeichnet (z.B. beim Schluss auf die Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes bei einer Infektion).[750] Diese Qualifikation impliziert, dass das Bundesgericht darin keine Beweismassherabsetzung erblickt (siehe hinten S. 145). Für diese Sichtweise spricht ebenfalls, dass das Bundesgericht beim Beweis der Abweichung vom Soll-Standard grundsätzlich keine Beweiserleichterungen zulässt.[751]

### a Argumente für Beweismassherabsetzung

Im deutschen Recht argumentieren die Anhänger der Beweismasstheorie, dass die «volle» Überzeugung nicht erreicht werden kann, wenn das Gericht auf Erfahrungssätze abstellt.[752] Gemäss dieser Ansicht sind Aussagen genereller Natur nicht geeignet, die nach dem Regelbeweismass in einem konkreten Fall notwendige Überzeugung zu vermitteln. Selbst wenn der Anscheinsbeweis nicht erschüttert wird, bleibt er weniger überzeugend als ein *«individueller Vollbeweis»*.[753] Ein Erfahrungssatz hat nach dieser Ansicht immer weniger Gewicht als Schlussfolgerungen aufgrund von mehreren Indizien. Das Gericht ist sich bewusst, dass es sich bei Erfahrungssätzen um eine Generalisierung handelt, weshalb der Überzeugungsgrad automatisch geringer ist.[754] Das Hauptargument der Beweismasstheorie beschlägt damit das auf S. 95 ff. dargestellte Problem, inwiefern vom Allgemeinen auf den konkreten Fall geschlossen werden kann. Die Vertreter der Beweismasstheorie lehnen

747 HOHL, Festschrift Vogel, S. 144; UMBACH/WEBER, S. 134; vgl. zum deutschen Recht: PRÜTTING, Beweislast, S. 110.

748 WALTER, Anscheinsbeweis, S. 447 ff.; BRÖNNIMANN, Anscheinsbeweis, S. 17 ff.; KUMMER, Berner Kommentar 1962, Art. 8 ZGB N 209.

749 Vgl. Urteil 4A_189/2018 des BGers vom 6. August 2018, E. 3.3.1. In BGE 133 III 81 E. 4.2.2 und 4.2.3 S. 88 f. (Kaffeekannenfall) erklärt das Bundesgericht zwar das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für anwendbar. Es argumentiert aber nicht mit dem Anscheinsbeweis, sondern dass sich Konsumenten bei der Produktehaftpflicht generell in Beweisnot befänden.

750 BGE 120 II 248 E. 2c S. 250.

751 Urteil 4A_22/2008 des BGers vom 10. April 2008, E. 5: *«Für den Nachweis von Tatsachen und Umständen, aus denen auf das Mass der in einer bestimmten Situation gebotenen Sorgfalt, auf deren Nichtbeachtung und damit auf Fahrlässigkeit geschlossen werden kann, hat […] die Rechtsprechung bisher keine Beweiserleichterungen zugelassen.»*

752 ROMMÉ, S. 130 ff.; WALTER, Freie Beweiswürdigung, S. 205 f.; MUSIELAK, Beweislast, S. 125; ALTHAMMER/TOLANI, S. 119; FUCHS, S. 117.

753 LEIPOLD, Beweismass und Beweislast, S. 12.

754 ROMMÉ, S. 130 ff.; ALTHAMMER/TOLANI, S. 120.

eine solche Schlussfolgerung zwar nicht grundsätzlich ab, bestreiten aber, dass damit die nach dem Regelbeweismass notwendige Überzeugung erreicht werden kann.

In Ausnahmefällen kann das Gericht die bedingte Wahrscheinlichkeit für eine kausale Abweichung vom Soll-Standard bei gegebenem Schadensereignis direkt abschätzen. Bei solchen Schlussfolgerungen kann sich im Einzelfall eine derart hohe Überzeugung ergeben, dass das Regelbeweismass erfüllt ist. Dies ist der Fall, wenn das Gericht zum Schluss kommt, das Schadensereignis könne nur durch ganz bestimmte Faktoren verursacht worden sein, die allesamt eine Abweichung vom Soll-Standard darstellen (z.B. beim Entscheid zum gebrochenen Gerüstbrett). Da auch das Regelbeweismass lediglich ein hoher Wahrscheinlichkeitsgrad ist, kann dieses erfüllt sein, wenn der Erfahrungssatz eine derart hohe Wahrscheinlichkeit vermittelt und das Gericht diese Wahrscheinlichkeit für den konkreten Fall übernimmt (vgl. vorne S. 96 f.). Das «Hauptargument» für die Beweismasstheorie ist demnach nicht überzeugend.[755]

Eine andere Argumentation ist einzelfallbasiert. Die Lehre in Deutschland hat aufgezeigt, dass in der Vergangenheit in verschiedenen Fällen ein Anscheinsbeweis bejaht wurde, in denen das anwendbare Regelbeweismass sicherlich nicht erreicht worden ist.[756] Eine solche Analyse von einzelnen Entscheiden ist allerdings problematisch. Die Antwort auf die Frage, ob das Beweismass in einem konkreten Fall nun erreicht wurde oder nicht, ist immer subjektiv geprägt. Dieser subjektive Faktor entspricht bis zu einem gewissen Grad dem Wesen des Beweismasses. Ob das Regelbeweismass bei der Irgendwie-Verursachung erreicht werden kann oder in einer Mehrzahl der Fälle erreicht wird, kann nicht aufgrund der eigenen Würdigung von individuellen Sachverhalten entschieden werden.[757] Für die Frage, welches Beweismass Anwendung findet, ist nicht die Überzeugung bei einzelnen Fällen entscheidend, sondern *wie* sich das Gericht bei der Irgendwie-Verursachung seine Überzeugung bildet.

755 Gl.M.: BREHM, Wolfgang, S. 186 f.

756 MUSIELAK, Beweislast, S. 120 ff.; WALTER, Freie Beweiswürdigung, S. 183; ähnlich ROMMÉ, S. 131; PRÜTTING, Beweislast, S. 108. Ebenso zum schweizerischen Recht: SCHLAURI, N 606.

757 MUSIELAK, Beweislast, S. 120 ff. erwähnt zwar viele Beispiele, in denen das Beweismass aus seiner Sicht nicht erreicht wurde. Selbst wenn diese Annahme richtig wäre, könnte aufgrund der vielen Urteile, die sich in Deutschland auf den Anscheinsbeweis stützen, nicht auf die beweisrechtliche Eigenschaft geschlossen werden. Bei den nicht untersuchten Fällen könnte das Regelbeweismass schliesslich erreicht worden sein.

### b Entscheidend: Fehlerpotenzial bei Überzeugungsbildung

Bei der Irgendwie-Verursachung greift das Gericht meist auf einen Erfahrungssatz zur hypothetischen Kausalkette zurück.[758] Bei diesem Vorgehen werden verschiedene Parameter ausgeblendet (siehe S. 102 ff.). Der Schluss ist demnach von erheblichen Unsicherheiten geprägt, was die Überzeugung des Gerichts mindert (oder zumindest mindern sollte). Das Gericht stellt in diesem Fall auf Kausalitätsüberlegungen ab, um den negativ umschriebenen Ist-Zustand zu beweisen. Wie dargelegt, ist die Kausalität aber per se schwierig zu beweisen, und die nach dem Regelbeweismass erforderliche Überzeugung kann regelmässig nicht erzeugt werden. Wenn das Gericht auf Erfahrungssätze zur Kausalität abstellt, um den Ist-Zustand zu beweisen, kann dabei nicht eine höhere Überzeugung generiert werden als beim natürlichen Kausalzusammenhang. Alternative Kausalverläufe können gerade nicht ausgeschlossen werden.[759] Hinzu kommen die möglichen Fehlerquellen wie die Wahl einer falschen Referenzklasse (S. 96 f.) oder die aufgrund von kognitiven Täuschungen fehlerhaft abgeschätzten Erfahrungssätze (S. 111 ff.). Im Ergebnis sind mit dem Überzeugungsbildungsvorgang erhebliche Unsicherheiten verbunden. Die Beweismasstheorie erscheint deshalb plausibel. Die Irgendwie-Verursachung geht mit einer Beweismassherabsetzung auf die «überwiegende Wahrscheinlichkeit» einher.

### c Rechtfertigung der Beweismassherabsetzung

Bei der Irgendwie-Verursachung wird die Beweisführung damit in doppelter Hinsicht erleichtert. Neben der Modifikation des Beweisgegenstands wird das Beweismass herabgesetzt. Auf S. 56 f. vorne wurde ausgeführt, dass die Gerichte das Beweisthema abändern, weil über den konkreten Fall wenig bekannt ist. Solche Erkenntnisdefizite vermögen die Modifizierung des Beweisgegenstands zu rechtfertigen. Die Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal ist auch bei einer unbekannten Abweichung vom Soll-Standard möglich. Genügt die Überzeugung, dass eine unbekannte Abweichung vom Soll-Standard das Schadensereignis verursacht hat, allerdings nicht dem Regelbeweismass, muss die ausserordentliche Beweismassherabsetzung durch *besondere Umstände* gerechtfertigt werden.[760] Nach der bundesgerichtlichen

758 Wie vorne auf S. 99 ff. dargelegt, überlegt sich das Gericht in den meisten Fällen, dass es nur sehr selten zum Schadensereignis kommt, wenn der Soll-Standard eingehalten wird.

759 Siehe PORAT/STEIN, S. 85, wonach es dem Gericht in solchen Fällen erlaubt ist, das Risiko eines Fehlurteils auf die haftpflichtige Person zu überwälzen.

760 Als Vertreter einer materiell-rechtlichen Theorie zum Anscheinsbeweis vertritt GREGER, Anscheinsbeweis, S. 1101 die Ansicht, dass es neben Beweisschwierigkeiten zu-

Praxis dürfen solche Beweiserleichterungen nur dann gewährt werden, wenn ein *«strikter Beweis der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist»* und nicht bereits dann, wenn einer Partei im Einzelfall die Beweismittel fehlen.[761] Bei der Irgendwie-Verursachung bestehen allerdings keine solchen grundsätzlichen Schwierigkeiten, die Abweichung vom Soll-Standard zu beweisen. Die Beweisschwierigkeiten liegen darin, dass im konkreten Fall die Beweismittel nicht vorhanden sind (z.B. weil das Werk zerstört oder das Produkt entsorgt wurde). Es braucht einen anderen Rechtfertigungsgrund für die Beweismassherabsetzung.

Das Bundesgericht argumentierte beim Fall der explodierenden Kaffeekanne, dass die Beweismassherabsetzung dann gerechtfertigt ist, wenn ein Konsument den Sachverhalt nur mit seinen eigenen Aussagen beweisen kann.[762] Nicht ganz klar ist jedoch, ob das Bundesgericht solche Beweisschwierigkeiten als typisch ansieht oder ob es die Beweismassherabsetzung mit dem Schutzzweck des PrHG begründet. Wie ausgeführt, sehen gewisse deutsche Autoren den Rechtfertigungsgrund für die Beweismassherabsetzung denn auch im materiellen Recht.[763] Ähnlich wird im angloamerikanischen Recht argumentiert, dass das Aufkommen von *res ipsa* mit technischen Entwicklungen in Zusammenhang steht. Die Entwicklung der res ipsa-Doktrin in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wird als Ausdruck dafür gesehen, dass die Rechtsprechung im Laufe der Zeit die Anforderungen an den Soll-Standard erhöhte.[764] Die Gerichte mussten Unfälle aus Risiken mit neuen Technologien beurteilen und mit der Fahrlässigkeitshaftung bewältigen, obschon sich daraus regelmässig Beweisschwierigkeiten ergaben.[765] Stellt das Recht hohe Anforderungen an die Sorgfalt (z.B. wenn es um eine gefährliche Anlage geht), kann «schneller» angenommen werden, dass der notwendige Soll-Standard nicht erreicht wurde.[766] Nach dieser Ansicht führt der Anscheinsbeweis dazu, dass sich der Tatbestand einer Gefährdungshaftung

sätzlicher Gründe bedarf, um die prozessuale Stellung der beklagten Partei zu verschlechtern. Ähnlich ist RÜSSMANN, Alternativkommentar ZPO, § 286 N 24, der Ansicht, dass die Gerichte zumindest unterschwellig Billigkeitserwägungen anstellen.

761 BGE 144 III 264 E. 5.3 S. 269 f.; BGE 141 III 569 E. 2.2.1 S. 573. Ähnlich gehen UMBACH/WEBER, S. 135 davon aus, dass ein Anscheinsbeweis nur in Frage kommt, wenn *«die Beweisschwierigkeiten für eine bestimmte Norm geradezu symptomatisch sind»*.

762 BGE 133 III 81 E. 4.2.3 S. 89.

763 GREGER, Festschrift Huber, S. 155 f. Anders sieht z.B. PAWLOWSKI, S. 15 ff. basierend auf einer Analyse der sog. «Schiffskollisionsfälle» den Anscheinsbeweis als Mechanismus an, um bei einer Kollision von zwei Schiffen die haftpflichtige Partei ausfindig zu machen.

764 Vgl. PROSSER, California, S. 185 f. zu Kutschenunfällen.

765 VON CAEMMERER, S. 15 f. m.w.H; WEBB, S. 1100 ff.

766 JAMES, S. 203.

annähert.[767] Allerdings lässt sich aus diesen «materiell-rechtlichen» Erklärungen nicht ableiten, weshalb in diesen Konstellationen das Beweismass herabgesetzt werden darf.[768] Der Anscheinsbeweis lässt sich kaum als Ausdruck einer allgemeinen Haftungsverschärfung interpretieren. Die Gerichte wollen lediglich den konkreten Fall entscheiden. Zumindest im schweizerischen Recht gibt es keine Hinweise, dass die Gerichte eine «generell-abstrakte» Regel aufstellen wollen.

Die Rechtfertigung für die Beweismassherabsetzung kann deshalb nur im konkreten Fall liegen. Eine im Einzelfall vorgenommene ausserordentliche Beweismassherabsetzung wird in Rechtsprechung und Lehre bei einer Beweisvereitelung anerkannt.[769] Eine Beweisvereitelung liegt dann vor, wenn die nicht beweisbelastete Partei fahrlässig oder vorsätzlich dafür sorgt, dass der Sachverhalt nicht geklärt werden kann.[770] In den untersuchten Entscheiden zur Irgendwie-Verursachung liegt zwar keine eigentliche Beweisvereitelung vor, es besteht zwischen den Parteien aber eine *Informationsasymmetrie* (vgl. S. 106 f.). Die Werkeigentümerin könnte zumindest wissen, welche Eigenschaften das zusammenstürzende Gerüst hatte, die Produzentin weiss wie die Kaffeekanne konstruiert und hergestellt wurde, und die Ärztin weiss, wie sie bei der Injektion vorgegangen ist.[771] Wirkt die Gegenpartei nicht mit, um den Sachverhalt besser abklären zu können – was der Fall ist, wenn die Anscheinsbeweisgegnerin auf keinen anderen möglichen Kausalverlauf hinweist – sind gewisse Parallelen zur Beweisvereitelung auszumachen. In einer solchen Situation versucht die Anscheinsbeweisgegnerin, ihren Informationsvorsprung auszunutzen. Es erscheint deshalb angebracht, das Beweismass ausserordentlich auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabzusetzen.

Wie bei der Kausalität eines bestimmten Faktors lassen sich bei der Irgendwie-Verursachung die Anforderungen, die das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit an die gerichtliche Überzeugung stellt, mit den Erkenntnissen zum Überzeugungsbildungsvorgang präzisieren. Die

767 Zum amerikanischen Recht: CRABB, S. 262; WEBB, S. 1085 ff.; zum deutschen Recht: GREGER, Festschrift Huber, S. 156; DERSELBE, Anscheinsbeweis, S. 1101.

768 Gl.M. FUCHS, S. 118 f., die im Ergebnis aber dennoch die Rechtfertigung im materiellen Recht sucht, wenn sie auf die *«Gewährleistung der Durchsetzbarkeit des materiellen Rechts»* verweist.

769 Urteil 4C.378/1999 des BGers vom 23. November 2004, E. 3.2; BEGLINGER, S. 480 ff.

770 BERGER-STEINER, Dissertation, N 07.12; JUCKER, SJZ, S. 169 f.

771 Im letzteren Fall ist die Nähe zur Beweisvereitelung besonders gross, weil die Ärztin eine auftragsrechtliche Dokumentationspflicht trifft. Sogar bei der Architektenhaftung – die aufgrund eines typischen Geschehensablaufs keinen Anscheinsbeweis darstellt – liegt eine solche Informationsasymmetrie vor.

abstrakte Umschreibung lautet wie folgt: *«Die bei der Irgendwie-Verursachung notwendige Überzeugung wird mit dem Anscheinsbeweis dann erbracht, wenn alternativ (1) derartige Schadensereignisse nur durch ganz bestimmte, vom Soll-Standard abweichende Faktoren verursacht werden oder (2) das Einhalten des Soll-Standards so selten zum Schadensereignis führt, dass in Abwesenheit von Indizien, die für einen anderen Kausalverlauf sprechen, solche anderen denkbaren Möglichkeiten nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht massgeblich in Betracht fallen.»*

## 4. Anscheinsbeweis bei alternativen Beweismasskonzepten

### 4.1 Flexibles Beweismass

Gemäss h.L. gibt das Beweismass in abstrakter Weise vor, wie stark sich die Überzeugung des Gerichts der Wahrheit annähern muss. Das Beweismass ist nach dieser Konzeption *«starr»*. Innerhalb des anwendbaren Beweismasses sind – unabhängig vom konkreten Fall – immer dieselben Mindestanforderungen an den Beweis zu stellen.[772] Gemäss Bundesgericht dürfen an den Beweis einer Tatsache nicht höhere Anforderungen gestellt werden, je weniger wahrscheinlich die Behauptung ist.[773] Die Lehre schliesst daraus, dass die Anforderungen, die das Beweismass an die Überzeugung stellt, nicht aufgrund von sachverhaltsbezogenen Faktoren angepasst werden dürfen.[774] Abweichende Ansichten seien mit der Rechtsgleichheit, der Nachprüfbarkeit richterlicher Entscheidung und einem rechtsstaatlichen Verfahren nicht vereinbar.[775] In Deutschland wird zudem argumentiert, dass das starre Regelbeweismass gesetzlich verankert sei.[776]

Das «flexible» Beweismass beruht auf der Erkenntnis, dass je nach zu beweisender Tatsache und je nach Sachverhalt die Annäherung an die Wahrheit nur in unterschiedlichem Ausmass möglich ist.[777] So muss das Gericht

772 BERGER-STEINER, Dissertation, N 06.51; WALTER, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 130; GUYAN, BSK ZPO, Art. 157 N 7; LEU, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 157 N 47; zum deutschen Recht siehe GOTTWALD, Flexibles Beweismass, S. 173.

773 BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325 mit Hinweis auf Urteil 5C.99/2002 des BGers vom 12. Juni 2002, E. 2.4.

774 BERGER-STEINER, Dissertation, N 06.45.

775 DIESELBE, Dissertation, N 06.46.

776 HAU, S. 328; PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 286 N 40; STICKELBROCK, S. 363.

777 Davon geht auch die Rechtsprechung in England aus, siehe *Bater v. Bater* [1950] 2 All ER 458 (CA), 459: *«So also in civil cases, the case may be proved by a preponderance of probability, but there may be degrees of probability within that standard. The degree depends on the subject matter.»*

bei Strassenverkehrsunfällen oftmals auf (eher unzuverlässige) Zeugenaussagen abstellen. Andere Tatsachen wie die Kausalität oder innere Tatsachen sind per se schwierig zu beweisen.[778] Das Beweismass wird deshalb einzelfallweise festgelegt.[779] Einerseits argumentieren die Vertreter dieses Beweismasskonzepts, dass gar keine «fixen» Beweismassgrenzen definiert werden können, weil die Wahrscheinlichkeit und der Überzeugungsgrad nicht messbar sind.[780] Anderseits ergibt sich die mögliche Annäherung an die Wahrheit nur aus den konkreten Umständen des Falles und kann nicht generell festgelegt werden.[781] Aus praktischer Sicht ist das Beweismass ohnehin flexibel.[782] Das erkennt bis zu einem gewissen Grad auch die h.L. an. Die verschiedenen Beweismasse sind Ausdruck der Erkenntnisschwierigkeiten.[783] Die für das anwendbare Beweismass tolerierbare Unsicherheit hängt gemäss dieser Ansicht aber nur von den theoretischen Beweismöglichkeiten ab. Ist eine Tatsachenbehauptung per se schwierig zu beweisen, kann der Zweifel beim Gericht grösser und das anwendbare Beweismass trotzdem erfüllt sein.[784] Das flexible Beweismass gesteht dem Gericht hingegen offen einen Spielraum zu. Die minimal erforderliche Überzeugung entspricht einer 50-prozentigen Wahrscheinlichkeit, während der Beweis in jedem Fall erbracht ist, wenn nur noch «abstrakte» Zweifel beim Gericht vorhanden sind, die auf allgemeiner Erkenntnisskeptis beruhen. In diesem Rahmen kann das Gericht einzelfallweise festlegen, wann das Beweismass erreicht ist.[785]

Bei einer solchen Konzeption erübrigt sich die Diskussion, ob der Anscheinsbeweis mit einer ausserordentlichen Beweismassreduktion einhergeht. Beide Formen des Anscheinsbeweises lassen sich mit dem flexiblen Beweismass erklären. Bei der Festsetzung des anwendbaren Beweisgrades berücksichtigt das Gericht, dass nur wenige Indizien zum Kausalverlauf bekannt sind.[786] Der Grad der Annäherung an die Wahrheit ist nicht nur durch

778 Vgl. BRINKMANN, Beweismass, S. 66 f., der bei den zu beweisenden Tatsachen unterschiedliche kognitive, ontologische und normative Voraussetzungen feststellt.

779 ROMMÉ, S. 87 ff.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 114 N 15; BRINKMANN, Beweismass, S. 63 ff., wonach es unmöglich ist, den Gesamtbeweiswert abzuschätzen, wenn das schon bei einem einzelnen Beweismittel nicht möglich ist.

780 ROMMÉ, S. 88.

781 GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 201; STICKELBROCK, S. 362.

782 GRÄNS, S. 258, wonach das Beweismass in der Praxis immer elastisch ist.

783 BERGER-STEINER, ZBJV, S. 276; KLETT, S. 12.

3784 MEIER, Zivilprozessrecht, S. 287; BÜHLER, Beweiswürdigung, S. 88.

785 RÜSSMANN, flexibles Beweismass, S. 551 f.; ähnlich ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 114 N 15, wonach *«die Überzeugung des Richters ein festes Mindestmass erreichen muss, [man] sollte sich aber darüber klar sein, dass die objektive Basis für diese Überzeugungsbildung stark variieren kann, also relativ ist.»*

786 Vgl. BRINKMANN, Beweismass, S. 56.

grundsätzliche Erkenntnisdefizite beschränkt, sondern auch aufgrund der fehlenden Indizien und Beweismittel.[787] Beim Gericht verbleiben abstrakte Zweifel, die meistens grösser sind als bei anderen Fällen. Notwendig ist einzig, dass das Gericht die Wahrscheinlichkeit auf mindestens 50 % schätzt.

### 4.2 New Evidence Scholarship

Die h.L. wie auch die Anhänger eines flexiblen Beweismasses stellen auf ein intuitives, «untechnisches» Wahrscheinlichkeitsverständnis ab. Wie vorne dargelegt, will die New Evidence Scholarship die Überzeugungsbildung mithilfe der Wahrscheinlichkeitsrechnung modellieren.[788] Wie bereits ausgeführt, reicht das mathematische Modell für dieses Unterfangen allein nicht aus. Die numerischen Werte für die Berechnung müssen irgendwoher kommen. In der Lehre scheint dabei ein subjektives Wahrscheinlichkeitsverständnis vorherrschend zu sein.[789] Bei der subjektiven Wahrscheinlichkeitstheorie lässt sich die Wahrscheinlichkeit als *«Mass der persönlichen Überzeugung, dass […] eine Aussage wahr ist»*, beschreiben.[790] Die Wahrscheinlichkeitswerte werden vom Gericht in ähnlicher Weise festgelegt wie beim herkömmlichen Verständnis. Der Unterschied besteht darin, dass das Gericht genaue Prozentzahlen festsetzen muss. Praktisch alle New Evidence Scholars stammen aus dem angloamerikanischen Raum. Aus diesem Grund sehen sie das Beweismass bei einer Wahrscheinlichkeit von 50 % als erfüllt an.[791] Ein solches Beweismass minimiert die Anzahl potenzieller Fehlurteile.[792]

787 GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 201.

788 Zum Begriff: JACKSON, S. 309 ff.; HO, S. 115; man kann die New Evidence Scholarship auch als Teilströmung des (kritischen) «Rationalismus» ansehen, vgl. SIMON, S. 515.

789 Siehe STEEL, Proof of Causation, S. 63 ff.; SCHWEIZER, Habil., S. 124 ff.; BOURMISTROV-JÜTTNER, S. 60 ff.; NELL, S. 47 ff.; vgl. auch BRINKMANN, Beweismass, S. 24, der allerdings kein New Evidence Scholar ist, sondern ein flexibles Beweismass vertritt, jedoch auf den von COHEN entwickelten «induktiven» Wahrscheinlichkeitsbegriff abstellen will.

790 SCHWEIZER, Habil., S. 104.

791 Nach DERSELBE, Habil., S. 496 ff. ist das kontinentaleuropäische Beweismass ebenfalls die überwiegende Überzeugung (d.h. mehr als 50 %). Allerdings bezieht sich dieser Wahrscheinlichkeitswert nicht auf einzelne Tatsachen, sondern auf die Gesamtheit der Tatsachen, welche die Subsumtion unter den Tatbestand erlauben. Damit umgeht er das von COHEN beschriebene sog. Konjunktionsparadox. Dieses ergibt sich bei der Wahrscheinlichkeitsrechnung aus der Produkteregel bei zwei unabhängigen Ereignissen. Spricht z.B. bei zwei unabhängigen Ereignissen je eine Wahrscheinlichkeit von 0,7 für die Tatsache, so ist die Gesamtwahrscheinlichkeit lediglich 0,49 und das Beweismass nicht erfüllt. Im angloamerikanischen Recht bezieht sich die preponderance of evidence jedoch auf jede einzelne rechtserhebliche Tatsache.

792 Statt vieler: KAYE, Statistical Evidence, S. 604 f.

Im Zentrum der New Evidence Scholarship steht Bayes' Regel. Bei Bayes' Regel handelt es sich um einen mathematischen Satz. Er ermöglicht es, die Wahrscheinlichkeit für eine zu beweisende Tatsache aufgrund von neuen Beweismitteln anzupassen.[793] Das Modell soll Fehlüberlegungen bei der gerichtlichen Überzeugungsbildung verhindern.[794] Die Idee dahinter ist, dass das Gericht nur dann zu einer rationalen Überzeugung gelangt, wenn es die ursprüngliche Wahrscheinlichkeit der zu beweisenden Tatsache abschätzt und aufgrund der neuen, im Prozess gewonnenen Informationen anpasst. Je weniger wahrscheinlich eine Behauptung im Ausgangspunkt ist, desto überzeugender müssen die Beweismittel sein.[795] Demnach lässt sich der Anscheinsbeweis – nach SCHWEIZER – auf sehr einfache Weise erklären. Die Erfahrungssätze vermitteln bereits einen derart hohen anfänglichen Überzeugungsgrad, dass die Tatsache als bewiesen gilt. Bringt die Anscheinsbeweisgegnerin keine Gegenbeweise vor, erübrigt sich eine Beweisabnahme.[796]

Allerdings müsste diese Wahrscheinlichkeit bei einer korrekten Modellierung auch noch mit Bayes' Regel angepasst werden. Berücksichtigt werden müsste, dass keine der Parteien Einzelheiten zum Sachverhalt vorträgt.[797] Wie die Modellierung genau erfolgt, muss hier nicht untersucht werden. Entscheidend ist, dass mit dem Anscheinsbeweis das anwendbare Beweismass erfüllt wird. Die Beweislasttheorie findet auch in der New Evidence Scholarship keine Stütze. Ob der Anscheinsbeweis mit einer ausserordentlichen Beweismassreduktion einhergeht, ergibt sich aber nicht direkt aus dem Modell. Wenn man davon ausgeht, dass eine 50 %-Wahrscheinlichkeit genügt, hat der Anscheinsbeweis jedenfalls keine ausserordentliche Beweismassherabsetzung zur Folge.

793 KAPLAN, S. 1083; LEMPERT, S. 1022 ff.; SCHWEIZER, Habil., S. 139; NACK, S. 368 f. Dafür müssen die Wahrscheinlichkeiten verglichen werden, wie häufig das Indiz auftritt, wenn die zu beweisende Tatsache gegeben ist bzw. wenn diese nicht gegeben ist. Dabei handelt es sich um den sog. *«Likelihood-Quotienten»*, siehe dazu auch RÜSSMANN, Alternativkommentar ZPO, § 286 N 10.

794 Illustrativ ist das Beispiel von SCHWEIZER, Habil., S. 130, wonach der Leser die Aufgabe hat, die Fläche einer Wohnung zu schätzen. Die Schätzung wird eher stimmen, wenn man sich zuerst überlegt, wie lang und breit jeder einzelne Raum ist, und so für jedes einzelne Zimmer die Fläche berechnet, als wenn man auf Gutdünken eine Schätzung abgibt.

795 DERSELBE, Habil., S. 171.

796 DERSELBE, Habil., S. 177 f. Allerdings legt dieses Vorgehen genauso wenig offen, wie diese «Wahrscheinlichkeit» nun zustande kommt, wie wenn die herrschende Lehre von der «Typizität» des Geschehensablaufs spricht. Aus diesem Grund wäre es wohl korrekter, eine Berechnung anzustellen, wie es der Autor selbst zu einem anderen Fall des Anscheinsbeweises eines bestimmten Faktors macht, siehe dazu DERSELBE, Habil., S. 227 ff.

797 KAYE, Probability Theory, S. 1475 ff.

### 4.3 Kohärenztheorien

In neuerer Zeit erfreuen sich vor allem im angloamerikanischen Recht *«Kohärenztheorien»* wachsender Beliebtheit.[798] Diese Theorien stellen nicht auf das aristotelische Korrespondenzmodell ab. Eine Tatsache ist nicht wahr, weil sie mit der Wirklichkeit übereinstimmt, sondern wenn die Parteibehauptungen möglichst kohärent sind.[799] Zudem betonen diese Theorien, dass das Beweismass «nichtprobabilistisch» sei. Der Beweis vor Gericht könne nicht mit Wahrscheinlichkeitsbegriffen und -werten verstanden werden.[800] Stattdessen müssten die Gerichte anhand der Erklärungen der Parteien entscheiden, welche Geschichte plausibler ist. Die Entwicklung solcher Theorien wurde durch verschiedene Untersuchungen angestossen. Einerseits hat die Arbeit von COHEN verschiedene Probleme eines baynesianisch-probabilistischen Ansatzes deutlich gemacht.[801] Anderseits stützen sich die Kohärenztheorien auf psychologische Untersuchungen zur Überzeugungsbildung. Demzufolge denken Jury-Mitglieder respektive Richterinnen und Richter nicht mit Wahrscheinlichkeiten, sondern vergleichen die ihnen vorgetragenen «Geschichten» auf ihre Plausibilität.[802] Diese «Plausibilität» bildet den Überzeugungsmassstab.

Was für Anforderungen an den Beweis zu stellen sind, kann damit aber nur ungenau beschrieben werden. Das Kriterium der Kohärenz oder Plausibilität ist äusserst vage.[803] Man kann deshalb kaum von einem eigentlichen «Beweismass» sprechen.[804] Zumindest aber lässt sich die Überzeugungsbildung beim Anscheinsbeweis mit den Überlegungen der Kohärenztheorien erklären. Bei beiden Varianten des Anscheinsbeweises werden die «Geschichten» der Parteien verglichen. Während die geschädigte Partei beim Anscheinsbeweis eine plausible Erklärung hat, wie es zum Schadensereignis gekommen ist, kann die haftpflichtige Partei nur hypothetische Alternativerklärungen offerieren. Bei den Kohärenztheorien spricht man aus diesem Grund auch von einer *«inference to the best explanation»*.[805] Die durch den

798 Als Vertreter solcher Theorien können beispielsweise genannt werden: AMAYA; ALLEN/PARDO, Relative Plausibility; BEX; SIMON; THAGARD.

799 Siehe ausführlich SCHWEIZER, Habil., S. 319 ff.

800 ALLEN, S. 133 f.

801 COHEN, S. 58 ff.; ALLEN/PARDO, Relative Plausibility, S. 8 ff. der Online-Publikation.

802 Einflussreich war vor allem die Untersuchung von PENNINGTON/HASTIE, S. 513 ff. Zu weiteren Untersuchungen SIMON, S. 523 ff.

803 RÜSSMANN, flexibles Beweismass, S. 545; SCHWEIZER, Habil., S. 346.

804 Siehe dazu SCHWEIZER, Habil., S. 343 ff. mit einer umfassenden Darstellung und Kritik.

805 Vgl. PARDO/ALLEN, S. 227 ff.; kritisch dazu STEEL, Proof of Causation, S. 79 f.

Erfahrungssatz vermittelte Überzeugung erscheint erst dann nicht mehr als plausible respektive beste Erklärung, wenn andere Indizien ebenso für den von der haftpflichtigen Partei behaupteten Kausalverlauf sprechen.

## 5. Zwischenfazit

Ob mit dem Anscheinsbeweis eine Beweismassherabsetzung einhergeht, hängt vom Beweismasskonzept ab. Folgt man dem Konzept der h.L., ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit typisch für die Anforderungen an den Kausalitätsbeweis. Bei der Kausalität eines bestimmten Faktors wird dieser Beweisgrad mit dem Anscheinsbeweis erfüllt. Die notwendige Überzeugung kann wie folgt umschrieben werden: *«Die beim natürlichen Kausalzusammenhang notwendige Überzeugung wird mit dem Anscheinsbeweis dann erbracht, wenn die bekannte potenzielle Ursache so viel häufiger zum Schadensereignis führt als der Soll-Standard, dass ohne Indizien, die für einen alternativen Kausalverlauf sprechen, solche anderen denkbaren Möglichkeiten nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht massgeblich in Betracht fallen.»*

Bei der Irgendwie-Verursachung wird die nach dem Regelbeweismass notwendige Überzeugung ebenfalls nicht erreicht. Im Unterschied zur natürlichen Kausalität kommt es jedoch zu einer *ausserordentlichen* Beweismassherabsetzung. In der Regel müssen Tatsachen, die unter das Ist-Soll-Tatbestandsmerkmal subsumiert werden, mit dem Regelbeweismass bewiesen werden. Eine Beweismassherabsetzung ist gerechtfertigt, weil zwischen den beiden Parteien eine Informationsasymmetrie besteht. Die geschädigte Partei hat keine Kenntnis, wie der Schaden genau verursacht wurde, während die haftpflichtige Partei zumindest über solche Informationen verfügen müsste. Die notwendige Überzeugung über das Vorliegen einer im Detail unbekannten Ist-Soll-Diskrepanz lässt sich folgendermassen beschreiben: *«Die bei der Irgendwie-Verursachung notwendige Überzeugung wird mit dem Anscheinsbeweis dann erbracht, wenn alternativ (1) derartige Schadensereignisse nur durch ganz bestimmte, vom Soll-Standard abweichende Faktoren verursacht werden oder (2) das Einhalten des Soll-Standards so selten zum Schadensereignis führt, dass in Abwesenheit von Indizien, die für einen anderen Kausalverlauf sprechen, solche anderen denkbaren Möglichkeiten nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht massgeblich in Betracht fallen.»*

# IV. Abgrenzung zur natürlichen Vermutung

## 1. Eigenschaften der natürlichen Vermutung

Um die beweisrechtliche Einordnung zu vervollständigen, ist abschliessend zu untersuchen, ob und wie der Anscheinsbeweis von der natürlichen Vermutung abgegrenzt werden kann. Das Bundesgericht stellt fest, dass der Anscheinsbeweis ein *«Anwendungsfall einer tatsächlichen Vermutung»* ist.[806] Auf diese Qualifikation ist nun genauer einzugehen.

Bei natürlichen Vermutungen wird von einem Sachumstand (Vermutungsbasis) auf eine weitere Tatsache geschlossen (vgl. vorne S. 22).[807] Die Überlegung ist, dass es Tatsachen gibt, *«mit deren Vorhandensein nach den Erfahrungen des Lebens so sehr zu rechnen ist, dass ihr Vorhandensein so lange vorausgesetzt werden darf, als nicht Umstände nachgewiesen sind, welche es unwahrscheinlich machen, dass sie [die Tatsachen] sich verwirklicht haben»*.[808] Mithilfe der natürlichen Vermutung wird der Hauptbeweis für die Tatsachenbehauptung erbracht, welche die Vermutungsfolge darstellt.[809] Die für das anwendbare Beweismass notwendige Überzeugung wird beim Gericht durch die Vermutung – d.h. durch Erschliessen – begründet. Der Kläger muss den Hauptbeweis nicht mit Beweismitteln i.S.v. Art. 168 ff. ZPO erbringen. Natürliche Vermutungen haben nach h.L. und Rechtsprechung keinen Einfluss auf die Verteilung der Beweislast.[810] In älteren Entscheiden qualifizierte das Bundesgericht die natürliche Vermutung allerdings als Beweislastumkehr.[811] Ähnlich wie beim Anscheinsbeweis betont ein Teil der Lehre zudem die Parallelen zur Beweislastumkehr, weil der Gegenpartei die Beweisführung aufgebürdet wird, die Vermutung umzustossen.[812] Die Vermutungsgegnerin muss mit dem Gegenbeweis die Vermutungsfolge entkräften. Auf das Beweismass hat die Anwendung einer natürlichen Vermutung keinen Einfluss. Es handelt sich um einen Vorgang der Beweiswürdigung.[813]

806 Urteil 4A_262/2016 vom 10. Oktober 2016, E. 4.4.2.1. Diese Ansicht wird teilweise ohne Würdigung wiedergegeben, z.B.: LARDELLI/VETTER, BSK ZGB I, Art. 8 N 86.

807 KUMMER, Berner Kommentar 1962, Art. 8 ZGB N 317, der betont, dass es sich um einen Schluss von Bekanntem auf Unbekanntes handelt; SCHURTER, S. 66.

808 GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 322.

809 BGE 120 II 393 E. 4b S. 397; Urteil 5A_182/2017 des BGers vom 2. Februar 2018, E. 3.2.2; vgl. HUGUENIN-DUMITTAN, S. 142; GULDENER, Beweiswürdigung, S. 57.

810 Urteil 5A_182/2017 des BGers vom 2. Februar 2018, E. 3.2.2; BGE 123 III 241 E. 3a S. 243; BGE 108 II 503 E. 3 S. 507; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.152; HOHL, Procédure civile, N 1654 ff.

811 Vgl. BGE 103 II 277 E. 2 S. 281; BGE 111 II 156 E. 3b S. 160.

812 GULDENER, Beweiswürdigung, S. 57; HUGUENIN-DUMITTAN, S. 143.

813 Urteil 5A_182/2017 des BGers vom 2. Februar 2018, E. 3.2.2.

Abgesehen von der Beweismassherabsetzung bei der Irgendwie-Verursachung weisen die natürliche Vermutung und der Anscheinsbeweis offensichtlich dieselben beweisrechtlichen Eigenschaften auf. Es erstaunt deshalb nicht, dass ein Teil der Lehre zum Schluss kommt, dass der Anscheinsbeweis nichts anderes ist als eine natürliche Vermutung, weshalb es den Begriff «Anscheinsbeweis» gar nicht braucht.[814] Andere Autoren äussern sich nicht derart dezidiert, gehen aber davon aus, dass der Anscheinsbeweis dieselben Wirkungen hat wie die natürliche Vermutung.[815]

Diese Ansicht entspricht der h.L. in Deutschland. Das deutsche Recht kennt den Begriff der tatsächlichen Vermutung nämlich ebenfalls. Vor allem die Gerichte operieren immer wieder mit dem Begriff.[816] So wird vermutet, dass eine Privaturkunde vollständig und richtig ist, dass die Leistungen des Mäklers kausal für den Vertragsschluss waren oder dass sich der Klient aufklärungsgemäss verhalten hätte, wenn der Anwalt seiner Aufklärungspflicht nachgekommen wäre.[817] Die Rechtsprechung ordnet die tatsächliche Vermutung entweder als *Anwendungsfall des Anscheinsbeweises*[818] oder als *Indizienbeweis* ein.[819] Die deutsche Lehre zeigt sich hingegen sehr kritisch gegenüber den natürlichen Vermutungen. Es herrscht die Meinung vor, dass dem Begriff eine eigenständige Bedeutung abgeht.[820] Ist der Erfahrungssatz stark genug, handelt es sich nach h.L. um einen Anscheinsbeweis. Andernfalls ist der Erfahrungssatz bei der Beweiswürdigung als eine Art Indizienbeweis zu berücksichtigen.[821]

Ein anderer Teil der schweizerischen Lehre schreibt dem Anscheinsbeweis eine eigenständige Bedeutung zu. Es gibt jedoch unterschiedliche Vorschläge, wie die Abgrenzung von der natürlichen Vermutung vorzunehmen ist. Nach einem Abgrenzungsversuch bezieht sich der Anscheinsbeweis nur auf vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse und Zustände, nicht aber auf hypothetische Geschehensabläufe. Im Gegensatz dazu könnten hypothetische Geschehensabläufe mit einer natürlichen Vermutung bewiesen wer-

814 BERGER-STEINER, Dissertation, N 06.158; zum deutschen Recht: PRÜTTING, Beweislast, S. 57 f.

815 NATSCH, S. 200 f.; SCHWEIZER, Habil., S. 376; wohl auch LIENHARD, Beweislast, S. 401 FN 128; NEF, S. 123; UMBACH/WEBER, S. 134.

816 Siehe z.B.: BGH NJW 2002, 3164; BGH NJW 2011, 1949 N 40.

817 LAUMEN, tatsächliche Vermutung, S. 6.

818 BGH NJW 1993, 3259; PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 292 N 30.

819 Offengelassen in BGH NJW 2001, 1127.

820 Siehe REHBINDER, S. 190 m.w.H.; KLAPPSTEIN, S. 164.

821 LAUMEN, tatsächliche Vermutung, S. 6; BECKHAUS, S. 155; PRÜTTING, Beweislast, S. 57; vgl. ebenfalls dazu BGH NJW 2001, 1127.

den.[822] Weil sie hypothetische Geschehensabläufe umfassen, könnten natürliche Vermutungen demnach auch auf «schwächeren» Erfahrungssätzen beruhen.[823] Ein anderer Vorschlag stellt auf den typischen Geschehensablauf als Abgrenzungskriterium ab. Danach befindet man sich *«im enger gefassten Bereich»* des Anscheinsbeweises, wenn sich Erfahrungssätze zu typischen Geschehensabläufen verdichten.[824] Ähnlich ist die Abgrenzung, wonach natürliche Vermutungen auf einem einfachen, der Anscheinsbeweis auf einem qualifizierten Erfahrungssatz beruht.[825] Im Kern basieren all diese Abgrenzungsvorschläge auf der Überlegung, dass der Anscheinsbeweis im Vergleich zur natürlichen Vermutung auf einem besonders starken Erfahrungssatz beruht.

## 2. Vergleich mit der Kausalität eines bestimmten Faktors

Wie soeben dargelegt, bestehen in der Lehre erhebliche Unsicherheiten, ob und wie der Anscheinsbeweis von der natürlichen Vermutung abgegrenzt werden kann. Aus diesem Grund ist anhand der Eigenschaften des Anscheinsbeweises zu untersuchen, ob es gerechtfertigt ist, von einer eigenen «Rechtsfigur» auszugehen.

### 2.1 Verschiedene Beweisgegenstände

Im schweizerischen Recht sind unzählige natürliche Vermutungen anerkannt. Beispielsweise besteht eine Vermutung dafür,

- dass eine volljährige Person auch urteilsfähig ist;[826]
- dass die Erklärung in einer Urkunde richtig ist;[827]
- dass Ehegatten für die Deckung der laufenden Bedürfnisse auf die Mittel der Errungenschaft und nicht auf jene des Eigenguts zurückgreifen;[828]
- dass bei einer eingeschriebenen Postsendung die Abholungseinladung zugegangen ist;[829]

822 WALTER, Anscheinsbeweis, S. 451; DERSELBE, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 79; BRÖNNIMANN, Anscheinsbeweis, S. 23; SUMMERMATTER, S. 586; gl.M.: Urteil A-6361/2015 des BVGers vom 27. April 2016, E. 5.4.

823 SUMMERMATTER, S. 586.

824 BRÖNNIMANN, Anscheinsbeweis, S. 22 f.

825 JUCKER, Diss., N 180 ff.

826 BGE 124 III 5 E. 1b S. 8.

827 BÜHLER, Beweiswürdigung, S. 80 m.w.H.

828 Urteil 5A_37/2011 des BGers vom 1. September 2011, E. 3.2.1.

829 Urteil 5A_338/2017 des BGers vom 20. Februar 2018, E. 4.2.2.

- dass ein Gläubiger einer Fremdwährung den erhaltenen Betrag sofort in seine Heimwährung konvertiert;[830]
- dass der festgestellte Willensmangel (z.B. Grundlagenirrtum) ursächlich war für den Vertragsschluss;[831]
- dass eine abgegebene Zusicherung nach Art. 197 OR ursächlich war für den Kauf;[832]
- dass ein kausaler Zusammenhang zwischen objektiv geeigneten Anstrengungen des Mäklers und dem Vertragsschluss besteht;[833]
- dass der ausgewiesene Aufwand des Unternehmers richtig ist, wenn der Besteller bei Regiearbeiten den Rapport unterzeichnet hat.[834]

Wie die Beispiele zeigen, ist der Anwendungsbereich sehr breit. Gewisse natürliche Vermutungen – z.B. die Vermutung der Urteilsfähigkeit – finden im Prinzip in jedem Gerichtsverfahren Anwendung.[835] Andere Vermutungen sind sehr spezifisch und setzen juristische Kenntnisse voraus, um sie überhaupt nachvollziehen zu können (z.B. die natürliche Vermutung zum Güterrecht).

Der Anscheinsbeweis gelangt hingegen im Haftpflichtrecht bei Kausalverläufen zur Anwendung. Wie die Beispiele zeigen, finden sich auch unter dem Begriff der natürlichen Vermutung Schlussfolgerungen auf die Kausalität.[836] Es werden Vermutungen darüber aufgestellt, ob ein Willensmangel, eine Zusicherung oder die Anstrengungen des Mäklers kausal für den Vertragsabschluss waren. Der Unterschied zum Anscheinsbeweis besteht jedoch darin, dass bei derartigen Fällen nicht über die Kausalität einer Ist-Soll-Diskrepanz entschieden werden muss.

830 BGE 117 II 256 E. 2c S. 259.

831 Urteil 4A_533/2013 des BGers vom 27. März 2014, E. 3.1.

832 BGE 71 II 239, E. 4 S. 241; BGE 81 II 207 E. 1 S. 209; Urteil des KGers VS vom 3. Dezember 1993, ZWR 1994, 277, 281.

833 Urteil 4A_401/2012 des BGers vom 16. Oktober 2012, E. 4; BGE 57 II 187 E. 3 S. 193; BGE 40 II 524 E. 5a S. 531.

834 Urteil 4C.20/2003 des BGers vom 21. März 2003, E. 1.1 ff.; Urteil 4C.227/2002 des BGers vom 24. Januar 2003, E. 4.

835 Zwar ist die Urteilsfähigkeit zwischen den Parteien in der Regel nicht strittig. Allerdings muss das Gericht die Prozessfähigkeit grundsätzlich von Amtes wegen prüfen. Wenn keine gegenteiligen Hinweise vorhanden sind, darf das Gericht die Prozessfähigkeit aber vermuten.

836 Wie gesagt ist die «Einteilung» nicht einheitlich. Auch die hier als Anscheinsbeweis bezeichneten Fälle werden zuweilen als natürliche Vermutungen bezeichnet.

### 2.2 Unterschiedliche Erkenntnismöglichkeiten

In den Fällen des Anscheinsbeweises basiert die Beweisführung auf Erfahrungssätzen, weil die konkreten Umstände des Falles unbekannt bleiben. Natürliche Vermutungen werden zwar auch bei Beweisschwierigkeiten beigezogen und bilden erste Anhaltspunkte, wie es sich im konkreten Fall verhalten könnte. Exemplarisch zeigt sich das beim Beweis der geleisteten Regiearbeiten. Der Unternehmer kann im Nachhinein kaum stringent nachweisen, wie viele Arbeitsstunden er aufgewendet hat. Die Vermutung, dass der unterzeichnete Regierapport korrekt ist, erleichtert die Beweisführung erheblich. Allerdings sind die Erkenntnismöglichkeiten bei natürlichen Vermutungen damit nicht unbedingt ausgeschöpft. In anderen Fällen kann der Sachverhalt unter Umständen mit Gutachten genauer geklärt werden (z.B. zur Urteilsfähigkeit einer Person), oder das Gericht kann die Parteien oder Zeugen befragen (z.B. beim Zusammenhang von Zusicherung und Vertragsschluss oder zur Konvertierung der Fremdwährung beim Schuldnerverzug). Eine Beweisnot ist weder Voraussetzung noch typische Eigenschaft der natürlichen Vermutung.

### 2.3 Art des Erfahrungssatzes

Wie vorne dargelegt, wird in der Lehre die These vertreten, dass ein Anscheinsbeweis auf einem stärkeren Erfahrungssatz beruht als die natürliche Vermutung. Ein Teil der Lehre unterscheidet zwei Arten von natürlichen Vermutungen.[837] Bei der einfachen Variante wird betont, dass der Schluss auf der «allgemeinen Lebenserfahrung» basiert.[838] Die Schlussfolgerung wird als *«einfache natürliche Vermutung»*,[839] *«tatsächliche Vermutung im Einzelfall»*[840] oder als *«konkreter Erfahrungssatz»*[841] umschrieben. Bei der verstärkten Variante wird angenommen, dass die Schlussfolgerung auf einem (qualifizierten) «Erfahrungssatz» beruht.[842] Diese Variante wird als *«qualifizierte natürliche Vermutung»*,[843] *«tatsächliche Vermutung mit normativer*

837 Andere Autoren verzichten auf eine solche Unterscheidung, z.B.: BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Art. 157 N 9 ff.

838 VETTER/PEYER, S. 767.

839 BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.33.

840 JUNGO, Art. 8 ZGB N 280 ff.

841 GRONER, S. 13 ff.

842 Implizit CHABLOZ/COPT, Petit Commentaire CPC, Art. 157 N 27. Die Terminologie ist uneinheitlich; BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.17 spricht von einfachen und qualifizierten Erfahrungssätzen.

843 BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.33.

*Bedeutung»*[844] oder als *«generell-abstrakter Erfahrungssatz»*[845] bezeichnet. Als Abgrenzungskriterium zwischen beiden Varianten wird darauf abgestellt, ob sich die Schlussfolgerung verallgemeinern lässt.[846] Die verstärkte Variante wirkt über den konkreten Einzelfall hinaus. Der einfachen natürlichen Vermutung wird eine solche Wirkung abgesprochen.[847]

Das Bundesgericht selbst unterscheidet nicht konsequent zwischen verschiedenen Kategorien von natürlichen Vermutungen. Jedoch umschreibt es die Basis, worauf natürliche Vermutungen beruhen, unterschiedlich. Einerseits können natürliche Vermutungen auf der *«Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge»* beruhen.[848] Anderseits können sie sich auf einen *«anerkannten Erfahrungssatz»* stützen. Im Gegensatz zur allgemeinen Lebenserfahrung hat der Erfahrungssatz – gemäss Bundesgericht – über den konkreten Sachverhalt hinaus Bedeutung.[849] Diese Unterscheidung hat grosse Tragweite. Das Bundesgericht prüft die auf einer (einfachen) Vermutung basierende Schlussfolgerung nur dahingehend, ob der Sachverhalt damit offensichtlich unrichtig ermittelt wurde (Art. 97 Abs. 1 BGG). Hingegen werden qualifizierte natürliche Vermutungen vom Bundesgericht frei überprüft – wie die Anwendung einer Rechtsnorm.[850]

Die Unterscheidung in einfache und qualifizierte natürliche Vermutung macht nach hier vertretener Ansicht keinen Sinn. Eine «einfache» natürliche Vermutung, die auf einem nicht verallgemeinerungsfähigen Schluss basiert, gibt es gar nicht.[851] Ist der Schluss auf die zu beweisende Tatsache nicht verallgemeinerungsfähig, handelt es sich um einen «ungewöhnlichen Sachverhalt», und der Schluss ergibt sich aus einer Reihe von Indizien. Der Vorgang lässt sich am besten als Indizienbeweis umschreiben. Hingegen beruht jede

844 JUNGO, Art. 8 ZGB N 280 ff.

845 GRONER, S. 13 ff.

846 BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.34; CHABLOZ/COPT, Petit Commentaire CPC, Art. 157 N 27; ähnlich WALTER, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 473 ff., der die qualifizierte natürliche Vermutung aber gar nicht mehr als Schluss auf eine Tatsache, sondern als Rechtsanwendung qualifiziert. HOHL bezeichnet die einfache Variante als *«présomption de fait»*, die verstärkte Variante als *«déductions tirées directement d'une règle d'expérience»*. Als Abgrenzungskriterium stellt die Autorin auf den Erfahrungssatz ab. Im Ergebnis zieht also auch sie die Verallgemeinerungsfähigkeit (und damit verbunden die Kognition des Bundesgerichts) als Abgrenzungskriterium bei, siehe HOHL, Procédure civile, N 1956 ff.

847 BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.34. HASENBÖHLER, Beweisrecht Band 1, N 1.30; MEIER, RAOUL, N 47 ff.

848 Urteil 5A_182/2017 des BGers vom 2. Februar 2018, E. 3.2.2; BGE 130 II 482 E. 3.2 S. 486.

849 Vgl. BGE 117 II 256 E. 2b S. 258 f.

850 BGE 126 III 10 E. 2b S. 13.

851 SCHWEIZER, Schätzung, S. 185; ebenso wohl MEIER, Beweismass, S. 78.

natürliche Vermutung auf der Lebenserfahrung, wie zwei Tatsachen, die Vermutungsbasis und die Vermutungsfolge, zusammenhängen. Eine solche Aussage kann nur genereller Natur sein und ist deshalb zwangsläufig auch verallgemeinerungsfähig. Dieser Zusammenhang wird als Erfahrungssatz bezeichnet. Die vorne genannten Beispiele für natürliche Vermutungen haben immer über den Einzelfall hinaus Bedeutung.

Eine natürliche Vermutung beruht folglich – wie auch der Anscheinsbeweis – stets auf einem Erfahrungssatz.[852] Dieser legitimiert die natürliche Vermutung und hat über den konkreten Sachverhalt hinaus Gültigkeit. Er erlaubt es, von einer vorhandenen Tatsache auf die zu beweisende Tatsache zu schliessen, weil die Vermutungsfolge in aller Regel mit der Vermutungsbasis einhergeht.

Dementsprechend ist auch die These falsch, dass der dem Anscheinsbeweis zugrundeliegende typische Geschehensablauf ein besonders starker Erfahrungssatz ist. Wenn sowohl mit dem Anscheinsbeweis wie auch der natürlichen Vermutung (respektive mit den ihnen zugrundeliegenden Erfahrungssätzen) nach dem anwendbaren Beweismass der Hauptbeweis erbracht werden kann, ist nicht nachvollziehbar, weshalb der «typische Geschehensablauf» beim Anscheinsbeweis «stärker» sein soll als ein Erfahrungssatz, auf dem die natürliche Vermutung basiert. Beim Kausalitätsbeweis kommt nur das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zur Anwendung, während bei Tatsachen, die mit einer natürlichen Vermutung bewiesen werden können, je nach Fallkonstellation auch das Regelbeweismass anwendbar ist.

Die Besonderheiten beim Anscheinsbeweis liegen demnach nicht bei der Beweisstärke des Erfahrungssatzes. Ebenfalls keine exklusive Eigenschaft des typischen Geschehensablaufs ist die kausale Aussage. Es handelt sich zwar um eine spezielle Aussage, dass der Ist-Zustand sehr viel öfter zum Schadensereignis führt als der Soll-Standard. Allerdings können Erfahrungssätze im Rahmen von natürlichen Vermutungen eine sehr ähnliche Aussage treffen. Beispielsweise beruht die natürliche Vermutung, dass eine Zusicherung für den Vertragsabschluss kausal war, auf der Überlegung, dass eine Durchschnittsperson den Vertrag bei einer für sie günstigen Zusicherung eher abschliesst, als wenn der Verkäufer keine solche Zusicherung macht.

852 Gl.M.: HOHL, Procédure civile, N 1623 Gelegentlich wird in der Literatur auch ausgeführt, dass die natürliche Vermutung selbst ein Erfahrungssatz sei, vgl. HUGUENIN-DUMITTAN, S. 152. Die natürliche Vermutung beschreibt allerdings nur den Schluss von der Vermutungsbasis auf eine Vermutungsfolge. Der Vorgang kann nicht mit dem Erfahrungssatz gleichgesetzt werden. Letzterer ist die Legitimation der natürlichen Vermutung.

Derselbe «Wahrscheinlichkeitsvergleich» liegt der Überlegung zugrunde, dass der Grundlagenirrtum kausal war für den Vertragsabschluss.

### 2.4 Erschütterung der natürlichen Vermutung

Der Anscheinsbeweis führt zu einer Verschiebung der konkreten Beweisführungslast. Dieselbe Eigenschaft kann auch der natürlichen Vermutung zugeschrieben werden.[853] Die Vermutungsgegnerin ist unter Zugzwang. Führt sie keinen Gegenbeweis, ist der Beweis erbracht.

Wie vorne festgestellt, wird der Anscheinsbeweis dadurch erschüttert, dass ein Indiz nachgewiesen wird, das für einen abweichenden Kausalverlauf spricht (S. 104 ff.). Der Anscheinsbeweis wird mit einem indirekten Gegenbeweis erschüttert. Zur Art des Gegenbeweises bei der natürlichen Vermutung äussert sich das Bundesgericht nicht eindeutig. Teilweise weist das Bundesgericht pauschal darauf hin, dass der Gegenbeweis offensteht.[854] In einigen Entscheiden wird unter Hinweis auf Walter allerdings ausgeführt, dass sich der Vermutungsgegner nicht auf das blosse Bestreiten beschränken könne. Dieser habe seinerseits *«Umstände unter Beweis zu stellen, die das Gericht davon abhalten sollen, von der Wahrheit der Indizien und der daraus gezogenen Schlussfolgerung auszugehen»*.[855] Diese Aussage ist missverständlich. Man könnte die Erwägung so verstehen, dass nur ein indirekter Gegenbeweis mit Indizien geeignet wäre, die Vermutungsfolge zu erschüttern. Wenn man die mit natürlichen Vermutungen gezogenen Schlussfolgerungen analysiert, lässt sich diese Annahme jedoch widerlegen.

Als Beispiel kann der erwähnte Entscheid zur Konvertierung einer Fremdwährungsschuld genannt werden. Der Gläubiger machte in diesem Fall einen Verzugsschaden nach Art. 106 OR geltend. Der Schaden sei eingetreten, weil der Wert der Währung im Zeitpunkt der Bezahlung geringer war als zu jener Zeit, als die Schuld hätte bezahlt werden müssen. Die Gerichte wiesen die Klage ab. Es besteht zwar eine natürliche Vermutung, dass Gläubiger Fremdwährungsschulden sogleich in die Heimwährung konvertieren. Die Schuldnerin konnte die Vermutung aber mit dem Indiz umstossen, dass in der Rohstoffbranche Geschäfte in Dollar abgewickelt werden. Deshalb musste davon ausgegangen werden, dass der Gläubiger die erhaltenen US-Dollar auf

853 Siehe BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Art. 157 N 10.

854 BGE 141 III 241 E. 3.2.2 S. 244.

855 Urteil 5A_182/2017 des BGers vom 2. Februar 2018, E. 3.2.2 mit Verweis auf WALTER, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 66; KUMMER, Berner Kommentar 1962, Art. 8 ZGB N 107; in anderen Entscheiden fordert das Bundesgericht explizit, dass die Vermutung durch den «Nachweis konkreter Anhaltspunkte» erschüttert werden muss, vgl. Urteil 5A_338/2017 des BGers vom 20. Februar 2018, E. 4.2.2.

einem Fremdwährungskonto belassen und den Wertverlust ohnehin erlitten hätte.[856] Zwingend notwendig ist das Vorbringen eines solchen Indizes aber nicht, um die Vermutung zu erschüttern. Bei Vermutungen zu inneren Tatsachen – im vorliegenden Fall das hypothetische Verhalten einer Partei – ist die Befragung des Gläubigers und allenfalls weiterer Personen grundsätzlich geeignet, den Gegenbeweis zu erbringen.[857] Das zeigt sich auch in vielen anderen erwähnten Entscheiden (z.B. ob der Irrende den Vertrag nicht geschlossen hätte, wenn er den Sachverhalt richtig erkannt hätte, oder ob der Käufer den Vertrag auch ohne Zusicherung geschlossen hätte). In anderen Fällen – z.B. bei der Vermutung der Urteilsfähigkeit- kann ein Gutachten geeignet sein, den Gegenbeweis zu erbringen.[858]

Um den Gegenbeweis bei der natürlichen Vermutung zu erbringen, braucht es also nicht in jedem Fall eigenständige Behauptungen und Indizien. Der Grund liegt darin, dass keine vergleichbaren Erkenntnisdefizite bestehen wie beim Anscheinsbeweis. Die bundesgerichtliche Formulierung ist vielmehr so zu verstehen, dass für den Gegenbeweis nicht nur bestreitende Tatsachenbehauptungen, sondern Gegenbeweismittel notwendig sind.

### 3. Vergleich mit Irgendwie-Verursachung

Die in der vorliegenden Arbeit als Irgendwie-Verursachung bezeichneten Schlüsse auf das Nichteinhalten des Soll-Standards werden in der schweizerischen Lehre zuweilen ebenfalls als natürliche Vermutung bezeichnet. Das Bundesgericht bezeichnet beispielsweise bei einer Infektion den Schluss auf eine unsorgfältig vorgenommene Injektion als natürliche Vermutung.[859]

In der Literatur wird vorgebracht, dass die Irgendwie-Feststellung auch eine Eigenschaft der natürlichen Vermutung sei. Das Gericht müsse den Sachverhalt immer nur so weit ermitteln, wie es für die Subsumtion erforderlich ist.[860] Diese Aussage ist im Grundsatz richtig. Es finden sich in der Recht-

856 BGE 117 II 256 E. 2 S. 257.

857 Natürlich wird eine Partei eher selten zu ihren Ungunsten aussagen, auszuschliessen ist es aber nicht. So betont HASENBÖHLER, Beweisrecht Band 2, N 9.13, dass Parteibefragungen oftmals unverzichtbar sind, um innere Tatsachen festzustellen, damit man sich nicht auf blosse Indizien und Schlussfolgerungen verlassen muss. Siehe ebenfalls BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 333; LORENZ, N 379 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.128.

858 Oftmals wird in diesen Fällen wohl die Vermutungsbasis angegriffen, also konkret vorgebracht, welche kognitiven Einschränkungen die fragliche Person hat.

859 BGE 120 II 248 E. 2c S. 250.

860 SCHLAURI, N 604; ähnlich: ROMMÉ, S. 122 f. Im Ergebnis gleich, aber ohne Bezug zum Anscheinsbeweis: GULDENER, Beweiswürdigung, S. 1 und 54 ff. Ziff. 5.

sprechung auch natürliche Vermutungen, welche diese These stützen. Als Beispiel kann die Vermutung einer missbräuchlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei falscher Begründung genannt werden. Gemäss Art. 336 OR sind verschiedene Kündigungsmotive missbräuchlich und führen zu einer Entschädigungspflicht. Wird einem Arbeitnehmer gekündigt, muss dieser beweisen, dass ein missbräuchlicher Kündigungsgrund vorliegt und dieser Grund kausal war für die Kündigung.[861] Dieser Beweis ist grundsätzlich schwierig, weil es sich um innere Tatsachen handelt. Erleichtert wird die Beweisführung dadurch, dass die Arbeitgeberin die Kündigung begründen muss (Art. 335 Abs. 2 OR). Kann der Arbeitnehmer mit Indizien aufzeigen, dass das von der Arbeitgeberin angegebene Kündigungsmotiv nicht der Realität entspricht, wird die Missbräuchlichkeit der Kündigung vermutet.[862] Der eigentliche Kündigungsgrund wird im Verfahren nicht festgestellt. Der Schluss von der falschen Kündigungsbegründung auf die Missbräuchlichkeit weist damit ebenfalls die Charakteristiken der «Irgendwie-Feststellung» auf.

Mit der Irgendwie-Verursachung geht eine ausserordentliche Beweismassherabsetzung auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit einher. Entscheidend für die Herabsetzung ist, dass mit Erfahrungssätzen zur Kausalität auf eine unbekannte Abweichung vom Soll-Standard geschlossen wird, was mit Unsicherheiten verbunden ist. Inwiefern auch mit der Irgendwie-Feststellung bei natürlichen Vermutungen eine Beweismassherabsetzung einhergeht, ist aufgrund des schwer fassbaren Charakters des (Regel-) Beweismasses schwierig zu sagen. Es erscheint aber plausibel, eine Schlussfolgerung wie beim Kündigungsmotiv ebenfalls als Beweismassherabsetzung zu qualifizieren. Der Schluss scheint jedenfalls unsicherer Natur zu sein. Aus der Tatsache, dass der angegebene Kündigungsgrund nicht der Wahrheit entsprach, folgt nicht zwingend, dass ein missbräuchliches Motiv vorlag.

## 4. Anscheinsbeweis: Spezielle Art der natürlichen Vermutung

Der Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors und die natürliche Vermutung haben aus dogmatischer Sicht dieselben Eigenschaften, weshalb der Anscheinsbeweis auch als eine Art natürliche Vermutung

861 PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, Art. 336 N 31.

862 BGE 130 III 699 E. 4.1 S. 703; Urteil 4A_444/2007 des BGers vom 17. Januar 2008, E. 5.1. Ähnlich wird bei massiven Erhöhungen des Anfangsmietzinses vermutet, dass der Mietzins missbräuchlich i.S.v. Art. 269 OR ist, vgl. BGE 147 III 431 E. 3.3 S. 435 ff.

bezeichnet werden kann. Bei beiden Rechtsfiguren wird von einer feststehenden, bekannten Tatsache auf die zu beweisende, unbekannte Tatsache geschlossen. Sowohl mit der natürlichen Vermutung wie auch mit dem Anscheinsbeweis kann der Hauptbeweis für eine Tatsachenbehauptung erbracht werden, ohne dass die Abnahme von Beweismitteln nötig wäre. Aus praktischer Sicht muss kein formelles Beweisverfahren durchgeführt werden, wenn keine tauglichen Gegenbeweise offeriert werden. Beide Schlussfolgerungen gründen auf Erfahrungssätzen, auch wenn diese terminologisch unterschiedlich bezeichnet werden und unterschiedliche Aussagen treffen. Bei der Irgendwie-Verursachung liegt die Besonderheit darin, dass der zu beurteilende Sachverhalt nicht genau festgelegt wird und es zu einer ausserordentlichen Beweismassherabsetzung kommt. Allerdings werden Irgendwie-Feststellungen auch im Rahmen von anderen natürlichen Vermutungen getroffen, die wohl ebenfalls als Beweismassherabsetzung qualifiziert werden können.

Im Ergebnis lassen sich bei beiden Varianten des Anscheinsbeweises nicht exklusive Eigenschaften finden. Der Anscheinsbeweis könnte deshalb auch als *spezielle natürliche Vermutung* bezeichnet werden. Er hat vier typische Eigenschaften, die bei anderen natürlichen Vermutungen nicht immer zutreffen:

- *Beweisgegenstand:* Zu beweisen ist die Kausalität einer Ist-Soll-Diskrepanz, während mit der natürlichen Vermutung ganz verschiedene Tatsachen bewiesen werden können.
- *Beweisschwierigkeiten:* Auf den typischen Geschehensablauf wird dann zurückgegriffen, wenn es an besseren Beweis- und Erkenntnismöglichkeiten mangelt. Bei natürlichen Vermutungen spricht eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Schlussfolgerung. Im Gegensatz zum Anscheinsbeweis sind die Erkenntnisquellen bei natürlichen Vermutungen damit nicht zwingend ausgeschöpft.
- *Indirekter Gegenbeweis:* Zur Erschütterung des Anscheinsbeweises muss die Gegenpartei Indizien unter Beweis stellen, die für einen abweichenden Kausalverlauf sprechen. Natürliche Vermutungen können unter Umständen auch mit einem direkten Gegenbeweis erschüttert werden, weil im Unterschied zum Anscheinsbeweis die Erkenntnisquellen noch nicht ausgeschöpft wurden.
- *Herabgesetztes Beweismass:* Das anwendbare Beweismass – sowohl für die Kausalität wie bei der Irgendwie-Verursachung für die Abweichung vom Soll-Standard – ist die überwiegende Wahrscheinlichkeit. Bei natürlichen Vermutungen hängt das anwendbare Beweismass vom jeweiligen Beweisgegenstand ab.

Einzelne oder mehrere dieser Merkmale können auch auf Schlussfolgerungen zutreffen, die normalerweise als natürliche Vermutungen bezeichnet werden. Es wäre deshalb nicht falsch, auf den Begriff des Anscheinsbeweises zu verzichten und bei Kausalverläufen ebenfalls von speziellen natürlichen Vermutungen zu sprechen. Letztlich ist der «Name» des Schlussvorgangs nicht entscheidend.[863] Wie die vorliegende Arbeit zeigt, ergeben sich bei der Kausalität einer Ist-Soll-Diskrepanz schwierige beweisrechtliche Fragen. Mit der speziellen Terminologie «Anscheinsbeweis» kann hervorgehoben werden, dass der Überzeugungsbildungsvorgang gewisse besondere Eigenschaften aufweist.

## V. Zwischenfazit

Beim Anscheinsbeweis kommt es zu keiner Umkehr der objektiven Beweislast. Es verschiebt sich lediglich die subjektive Beweisführungslast. Mit dem Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors wird das (ohnehin) anwendbare Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erreicht. Die bundesgerichtliche Einordnung des Anscheinsbeweises ist damit bei der Kausalität eines bestimmten Faktors korrekt. Entgegen der Ansicht des Bundesgerichts wird bei der Irgendwie-Verursachung das Beweismass ausserordentlich auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt. Beim Anscheinsbeweis handelt es sich um eine spezielle natürliche Vermutung.

863 So wollen gewisse Autoren den Überzeugungsbildungsvorgang gar nicht speziell benennen. Natürliche Vermutungen und Anscheinsbeweis seien nichts anderes als Indizienbeweise, zum deutschen Recht: ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 114 N 18; zum angloamerikanischen Recht: PROSSER, Procedural Effect, S. 270 f.

# 5. Kapitel: Praktische Anwendung im Zivilprozess

In den bisherigen Kapiteln wurden der Beweisgegenstand, die Überzeugungsbildung sowie die dogmatische Fundierung des Anscheinsbeweises analysiert. Aus diesen Erkenntnissen ergeben sich zwei, abschliessend zu untersuchende Themenkomplexe. Erstens geht es darum, den Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises abzustecken. Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass mit dem Anscheinsbeweis die haftungsbegründende Kausalität[864] bei einem «Unfall» bewiesen wird, d.h. der Zusammenhang zwischen der Abweichung vom Soll-Standard und der Rechtsgutbeeinträchtigung (z.B. die Verletzung infolge eines Unfalls). Zu untersuchen ist weiter, ob mit dem Anscheinsbeweis auch auf die Kausalität zwischen der Rechtsgutbeeinträchtigung und dem Vermögensschaden (haftungsausfüllende Kausalität) geschlossen werden kann und ob der Anscheinsbeweis nicht nur bei Personen- und Sachschäden in Frage kommt, sondern auch bei reinen Vermögensschäden. Zweitens ist zu klären, welche Folgen sich für die Parteien und Gerichte ergeben, wenn die Überzeugungsbildung mit einem Anscheinsbeweis erfolgt. Dabei ist zu prüfen, ob sich für die Parteien bei der Behauptung und Bestreitung des Sachverhalts Besonderheiten ergeben. Aus der Perspektive des erstinstanzlichen Gerichts ist fraglich, mit welchen prozessualen Mitteln die mit dem Anscheinsbeweis verbundenen Gefahren gemildert werden können (vgl. vorne S. 114). Ferner ist darzulegen, inwiefern der mit dem Anscheinsbeweis gezogene Schluss von den Rechtsmittelinstanzen überprüft wird und nach welchem Recht sich der Anscheinsbeweis richtet, wenn in der Sache ausländisches Recht anwendbar ist.

## I. Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises

Mit dem Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen der Ist-Soll-Diskrepanz und der Rechtsgutbeeinträchtigung steht noch nicht der gesamte rechtlich relevante Kausalverlauf fest. Die Verletzung der geschädigten Person

864 Zum Begriff siehe vorne S. 31.

oder die Beschädigung einer Sache stellt nur ein Zwischenglied in der Kausalkette dar. Damit eine Schadensersatzklage gutgeheissen werden kann, muss ein Kausalzusammenhang zwischen der Ist-Soll-Diskrepanz und dem Schaden erstellt sein.[865]

Der Schaden wird als unfreiwillige Vermögensverminderung charakterisiert. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Erhöhung der Passiven oder aus entgangenem Gewinn bestehen. Berechnet wird der Schaden nach der Differenztheorie. Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem aktuellen und dem hypothetischen Vermögensstand.[866] Damit wird die kontrafaktische Kausalitätsprüfung auf Vermögensebene *fortgesetzt*.[867] Das Gericht prüft, in welchem Umfang sich der aktuelle vom hypothetischen Vermögensstand unterscheiden würde, wenn die haftpflichtige Partei die pflichtwidrige Handlung nicht vorgenommen hätte. In gewissen Fällen kommt es aufgrund der fortgesetzten Kausalitätsprüfung zu den gleichen konzeptionellen Problemen, wie sie bereits beim conditio-Test beschrieben wurden (z.B. Reserveursachen[868]). Will man an der kontrafaktischen Kausalitätsprüfung festhalten, müssen diese Probleme einzelfallweise anhand von wertenden Gesichtspunkten entschieden werden.[869]

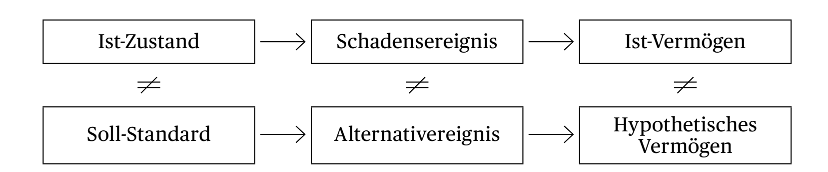



Abbildung 2:
Fortsetzung der Kausalitätsprüfung

865 Vgl. statt vieler: WERRO, N 286 ff.

866 Statt vieler: BGE 144 III 155 E. 2.2 S. 157 m.w.H.

867 BREM, S. 311; STÜRNER, S. 658. Die Lehre sieht das Erfordernis des Kausalzusammenhangs auch als *«Begrenzung der Schadensdefinition»*, siehe ROBERTO, Schadensrecht, S. 49. Ausnahmen davon gibt es bei der abstrakten Schadensberechnung (z.B. beim Verzugsschaden nach Art. 104 Abs. 1 OR) oder bei den sog. normativen Schäden wie beim Haushaltsschaden, vgl. BREM, S. 327; BGE 132 III 321 E. 3.1 S. 332.

868 Wie vorne auf S. 43 ausgeführt, geht es um Fälle folgender Art: Der Einbrecher zerstört eine Fensterscheibe und kurz darauf kommt es zu einem Erdbeben, das sämtliche Fensterscheiben des Hauses zerstört und somit auch das bereits eingeschlagene zerstört hätte.

869 ROBERTO, Schadensrecht, S. 15 f.

Im Unterschied zur theoretischen Konzeption muss die geschädigte Person im Prozess nicht den gesamten tatsächlichen und hypothetischen Vermögensstand nachweisen. Es genügt, wenn die Geschädigte einzelne Schadensposten geltend macht.[870] Einerseits ist es weder zumutbar noch notwendig, den vollständigen tatsächlichen und hypothetischen Vermögensstand zu beweisen. Vermögenswerte, die vom Schadensereignis nicht tangiert sind, können bei der Schadensberechnung ausgeblendet werden (z.B. der Wert des Aktienportfolios beim Opfer eines Verkehrsunfalls).[871] Anderseits kann die geschädigte Person aufgrund der Dispositionsmaxime nur gewisse Schadensposten und nicht den gesamten Schaden einklagen. Beweisschwierigkeiten beim Schaden ergeben sich vor allem bei der Ermittlung des hypothetischen Vermögensstands bzw. dem Nachweis, dass die Vermögensposition ohne Schadensereignis grösser wäre.[872]

## 1. Auswirkungen der Rechtsgutverletzung

Damit die geschädigte Partei ihren Schaden beziffern kann, muss sie erst die «tatsächlichen» Auswirkungen des Schadensereignisses behaupten und beweisen. Diese stellen Zwischenglieder in der Kausalkette dar. Die geschädigte Person muss beispielsweise darlegen, welche Verletzungen sie beim Unfall erlitten hat, welche Behandlungen notwendig wurden und welche körperlichen Einschränkungen dauerhaft sind. Bei den in ihrem Eigentum stehenden Sachen muss sie darlegen, dass diese zerstört oder beschädigt wurden.[873] Ebenso muss sie nachweisen, dass es nicht zu diesen Konsequenzen gekommen wäre, wenn die haftpflichtige Person den Soll-Standard gewahrt hätte.[874] Dieser Beweis bereitet oftmals keine grossen Schwierigkeiten. Kann zwischen der Geschwindigkeitsüberschreitung und dem Unfall (mit einem Anscheinsbeweis) ein natürlicher Kausalzusammenhang erstellt werden, ist dieser auch bei den unmittelbaren Auswirkungen der Verletzung (z.B. den vorgenommenen Behandlungen) und der

870 FISCHER/URWYLER, Haftpflichtkommentar, Art. 42 OR N 19; ROBERTO, Haftpflichtrecht, N 593.

871 Vgl. HONSEL, Differenztheorie, S. 261.

872 GOTTWALD, Schadenszurechnung, S. 45; STREMITZER, S. 689.

873 Vgl. Urteil 4A_261/2017 des BGers vom 30. Oktober 2017, E. 4.4; BGE 127 III 365 E. 2c S. 369, wonach die konkreten Beschädigungen der Sache zu beschreiben sind und bei einem Totalschaden darzulegen ist, weshalb die Sache irreparabel ist; BREHM, Roland, Art. 42 OR N 9a.

874 RECHBERGER, Arzthaftungsprozess, S. 653.

Beschädigung des Fahrzeugs (z.B. dessen Reparatur) offensichtlich.[875] Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich um typische Unfallfolgen handelt.[876]

Zweifelhaft ist hingegen, ob der «problematische» Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und zeitlich späteren Konsequenzen mit einem Anscheinsbeweis nachgewiesen werden kann. Beispielsweise stellt sich die Frage, ob der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen einem Auffahrunfall und den anhaltenden HWS-Beschwerden mit Erfahrungssätzen möglich ist. Irrelevant ist dabei, ob auf den ersten Teil der Kausalkette mit einem Anscheinsbeweis geschlossen oder ob der Zusammenhang «normal» bewiesen wurde. In Deutschland geht die Rechtsprechung teilweise davon aus, dass ein Anscheinsbeweis für die Ursächlichkeit der körperlichen Beschwerden spricht, wenn die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung über 15 km/h beträgt.[877] Umgekehrt wird zum Teil auch eine Harmlosigkeitsgrenze befürwortet. Danach wäre der Kausalzusammenhang vermutungsweise zu verneinen, wenn die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung weniger als 10 km/h beträgt.[878] Ob es tatsächlich Erfahrungswerte gibt, die solche Erfahrungssätze stützen, kann hier offenbleiben. Das Beispiel zeigt, dass es grundsätzlich denkbar wäre, die Kausalität zwischen der ursprünglichen Rechtsgutverletzung und nachfolgenden körperlichen Beschwerden mit einem Anscheinsbeweis nachzuweisen.

Allerdings finden sich in der Rechtsprechung praktisch keine Beispiele. Das liegt einerseits daran, dass die Konsequenzen vom konkreten Unfallhergang und den individuellen Eigenschaften der geschädigten Personen abhängen.[879] Auf Generalisierungen abzustellen, ist deshalb problematisch. Anderseits sind in praktisch allen Fällen die Erkenntnismöglichkeiten mit dem Erfahrungssatz noch nicht ausgeschöpft. Das Gericht kann (und muss)

---

875 Vgl. STÜRNER, S. 658.

876 Vgl. LEPA, Beweiserleichterungen, S. 133 f., wonach bei einem Auffahrunfall in der Regel nur das Heck beschädigt wird. Macht die geschädigte Person geltend, dass durch den Unfall auch Frontschäden entstanden sind, können diese nicht durch den typischen Geschehensablauf bewiesen werden. Man weiss nämlich nicht, ob der geschädigte Lenker selbst ins vordere Auto gefahren ist oder ob er vom hinteren Auto ins vordere geschoben wurde.

877 KG NZV 2004, 460; LG München II BeckRS 2014, 7464.

878 Urteil HG080106 des HGers ZH vom 22. Oktober 2012, E. 4.13. Das Bundesgericht lehnt es – bei der Beurteilung der adäquaten Kausalität – hingegen ab, Harmlosigkeitsgrenzen festzulegen, siehe Urteil 4A_275/2013 des BGers vom 30. Oktober 2013, E. 5.2. In der Vergangenheit sind einige Gerichte in Deutschland von einer Harmlosigkeitsgrenze ausgegangen, siehe BGH NJW 2003, 1116, 1117 m.w.H.; DANZL, S. 84 ff.; KRAMER, Schleudertrauma, S. 170.

879 Im deutschen Recht betont die Rechtsprechung, dass ein Anscheinsbeweis dann nicht in Frage kommt, wenn *«individuell geprägte Geschehensabläufe zu beurteilen sind»*, siehe OLG München NZV 2003, 474.

bei anhaltenden körperlichen Beschwerden – beispielsweise in den HWS-Fällen – praktisch immer ein Gutachten zur Frage der Kausalität einholen.[880]

Am ehesten kann im Zusammenhang mit andauernden gesundheitlichen Beeinträchtigungen bei sog. «Schockschäden» von einem Anscheinsbeweis gesprochen werden. Eine Person erleidet einen Schock (meist verbunden mit einer verbleibenden Arbeitsunfähigkeit), als sie vom Tod einer angehörigen Person erfährt oder selbst Zeuge des Unfalls ist. In diesen Fällen bejahen die Gerichte die natürliche Kausalität meist grosszügig und ohne vertiefte Abklärungen.[881] Man könnte deshalb auch sagen, sie verlassen sich auf den typischen Geschehensablauf, dass ein derartiges Schockereignis das Risiko einer psychischen Erkrankung massiv erhöht. Allerdings ist der Nutzen dieser «Beweiserleichterung» für die geschädigte Person beschränkt. Die Rechtsprechung stellt nur deshalb eher tiefe Anforderungen an den Beweis der natürlichen Kausalität, weil die eigentliche Hürde die Adäquanzprüfung darstellt.[882]

## 2. Kausalität bei reinen Vermögensschäden

Bisher wurden Fälle untersucht, in denen es zu einem Personen- oder Sachschaden kam. An dieser Stelle ist zu prüfen, ob der Anscheinsbeweis auch bei reinen Vermögensschäden Anwendung finden kann.[883] Im deutschen Recht wird von einem Teil der Lehre vertreten, dass ein Anscheinsbeweis nur dann in Frage kommt, wenn es sich um einen sehr häufig vorkommenden «Standard»-Fall handelt. Nur in diesem Fall würde das Gericht über die notwendige Lebenserfahrung verfügen, um auf die Kausalität oder eine Irgendwie-Verursachung schliessen zu können (z.B. Auffahrunfälle).[884] Folgt man

880 Vgl. auch die Beispiele von ARENS, S. 38 ff. zu solchen Folgeschäden.

881 STUDER/JUVET/ZANONI, S. 222; vgl. BGE 138 III 276 E. 4 S. 288, wonach das Bundesgericht an einem «adäquat-kausalen» Zusammenhang zweifelt; im sog. Hunter-Entscheid war die natürliche Kausalität gar nicht bestritten, siehe BGE 112 II 118 E. 5e S. 127. Aufgrund des strengeren Beweismasses stellt die natürliche Kausalität hingegen bei strafrechtlichen Fällen ein grösseres Problem dar, siehe dazu VOGLER, S. 45 ff.

882 Vgl. BGE 142 III 433, E. 4.6 S. 440.

883 Wie vorne ausgeführt, handelt es sich bei der Haftung des Architekten für Kostenüberschreitungen nicht um einen Anscheinsbeweis. Im schweizerischen Recht wird vor allem im ausservertraglichen Haftpflichtrecht von reinen Vermögensschäden gesprochen. Bei diesen Tatbeständen muss die haftpflichtige Person gegen eine Schutznorm verstossen, damit die Schädigung als widerrechtlich gilt. Hier wird der Begriff für solche Sachverhalte gebraucht, in denen es nicht zu einem Personen- oder Sachschaden kommt.

884 Vgl. BAUMGÄRTEL/LAUMEN, Kp. 17 N 13; BGH NJW 1991, 230, 231; LEPA, Beweiserleichterungen, S. 130, wonach es um einen Sachverhalt geht, *«der auf den ersten Blick nach einem durch Regelmässigkeit, Üblichkeit und Häufigkeit geprägten ‹Muster› abgelaufen ist»*. Ebenso WALTER, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 79.

dieser Auffassung, würde ein Anscheinsbeweis bei reinen Vermögensschäden ohnehin ausser Betracht fallen. Bei derartigen Fällen geht es meist nicht um alltägliche Geschehen, sondern um spezielle wirtschaftliche Vorgänge. Es geht beispielsweise um die Haftung der Bank für die fehlerhafte Vermögensanlage oder um Verantwortlichkeitsklagen. Richtig ist, dass bei einem solchen Sachverhalt eine «Irgendwie-Verursachung» kaum in Betracht kommt, weil es an einem «Schadensereignis» fehlt, das einen (einigermassen) sicheren Schluss auf die Ursache zulässt. So kann bei einer Verantwortlichkeitsklage nicht vom Konkurs der Gesellschaft auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Verwaltungsrats oder bei Kursverlusten auf eine unsorgfältige Vermögensverwaltung durch die Bank geschlossen werden.[885] Zu solchen Schadensereignissen kommt es regelmässig auch dann, wenn die verantwortlichen Personen sorgfaltsgemäss gehandelt haben.

Hingegen unterscheidet sich bei der Kausalität eines bestimmten Faktors die Situation nicht grundsätzlich. Wie vorne gezeigt, setzt der typische Geschehensablauf nicht zwingend alltägliche Vorgänge voraus, sondern macht eine Wahrscheinlichkeitsaussage (S. 97 ff.). Es kommt auch bei reinen Vermögensschäden zu den «tatsächlichen» Auswirkungen, die den Schaden verursachen. Bei den typischen Beispielen eines «reinen Vermögensschadens» erleidet die geschädigte Partei einen Produktionsausfall, weil die Stromversorgung von der schädigenden Partei unterbrochen wurde,[886] oder einen Umsatzrückgang wegen behördlicher Kaufempfehlungen.[887] In solchen Fällen konzentriert sich die Kausalitätsprüfung zumindest in einem ersten Schritt – ähnlich wie bei der haftungsbegründenden Kausalität – auf diese Auswirkungen. Damit ergibt sich die gleiche Situation wie bei Personenschäden und ein Anscheinsbeweis ist denkbar. Das zeigt sich auch in der Rechtsprechung zur Prospekthaftung. Der Käufer muss im Rahmen der Kausalität einerseits beweisen, dass er aufgrund von falschen Angaben Aktien zu einem überhöhten Preis gekauft hat, und anderseits, dass diese Angaben kausal waren für den eingetretenen Schaden.[888] Der Zusammenhang zwischen Falschangaben und Kaufentscheid ist dabei – zumindest nach einem Teil der Lehre – zu vermuten.[889]

885 Vgl. OGH 2 Ob 275/98z, wonach kein typischer Zusammenhang zwischen dem Konkurs und einem Verschulden besteht.

886 Siehe zu den sog. «Kabelbruch-Fällen»: BGE 114 II 376; BGE 106 II 75; BGE 102 II 85.

887 BGE 118 Ib 473.

888 Vgl. WATTER, BSK OR II, Art. 752 N 26.

889 SETHE/FAHRLÄNDER, S. 214 f.; anders hingegen BGE 132 III 715 E. 3.2.1 S. 721.

Aufgrund einer ähnlichen Überlegung geht die Rechtsprechung in Deutschland davon aus, dass die Kausalität zwischen einer fehlerhaften Rechts- oder Steuerberatung und dem Schaden (z.B. ungünstige Steuerfolgen) mit einem Anscheinsbeweis bewiesen werden kann. Aufgrund der Lebenserfahrung darf davon ausgegangen werden, dass die Mandantin der – gemäss den Berufspflichten angezeigten – Empfehlung gefolgt wäre.[890] Diese Vermutung aufklärungsgemässen Verhaltens findet sich auch in der schweizerischen Rechtsprechung. In einem Entscheid über einen Anlageberatungsvertrag hat das Bundesgericht angenommen, dass die Bankkundin den fachkundigen Rat befolgt hätte, weil sie sich eigens dafür an die Bank wandte.[891] Der Unterschied zu den vorne besprochenen Fällen des Anscheinsbeweises besteht darin, dass mit dem Erfahrungssatz die Beweismöglichkeiten in der Regel noch nicht ausgeschöpft sind. Zumindest im schweizerischen Recht kann die geschädigte Person ihre Behauptung zum Alternativverhalten mit ihrer eigenen Aussage beweisen.[892] Das Gericht muss sich nicht mit dem Erfahrungssatz begnügen.[893]

In der Schweiz wird vereinzelt bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit diskutiert, ob mit einem Anscheinsbeweis die Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden nachgewiesen werden kann.[894] Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung lässt die Pflichtverletzung in den meisten Fällen nicht auf den Kausalzusammenhang schliessen, weil Sorgfaltspflichtverletzungen oft gar nicht zu einem Schaden führen.[895] Mit anderen Worten erhöhen gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzungen das Schadensrisiko gegenüber dem Soll-Standard nicht derart, dass damit die Kausalität schon bewiesen

890 BGH NJW 2015, 3447; BGH NJW 2014, 2795; BGH NJW 1993, 3259. Dies gilt zumindest dann, wenn eine sorgfältige Beraterin nur eine alternative Handlungsvariante empfohlen hätte.

891 Urteil 4A_364/2013, 4A_394/2013, 4A_396/2013 des BGers vom 5. März 2014, E. 13; mit einer ähnlichen Schlussfolgerung: BGE 124 III 155 E. 3d S. 165 f.; BGE 119 II 456 E. 4 S. 462 f.

892 Siehe dazu vorne S. 88 f.

893 Das Gleiche gilt für die vorne genannten natürlichen Vermutungen zur Kausalität. Zur Frage, ob die Zusicherung der Verkäuferin für den Kaufentschluss kausal war, kann der Käufer befragt werden.

894 UMBACH/WEBER, S. 132 ff.; VISCHER, S. 85 f.; BÜHLER, Christoph B., S. 82; GERICKE/WALLER, BSK OR II, Art. 754 N 21, wonach sich der Anscheinsbeweis noch nicht durchzusetzen vermochte.

895 Siehe Urteil 4A_87/2019 des BGers vom 2. September 2019, E. 4.1.3.2: *«Soweit es um Schadenersatz geht, kann aus einer Sorgfaltspflichtverletzung allein nichts abgeleitet werden. Eine Vielzahl von Sorgfaltspflichtverletzungen bleibt ohne Konsequenzen, weil sich das Risiko, dass [sic!] durch hinreichende Sorgfalt ausgeschaltet würde, aus anderen Gründen nicht verwirklicht hat.»*

ist. Gewisse Pflichtverletzungen haben aber durchaus eine derart grosse Schadensneigung, dass sich daraus auf die Kausalität schliessen lässt. Das trifft auf die sog. Fortführungsschäden zu. Es geht dabei um Fälle, in denen der Verwaltungsrat die Überschuldungsanzeige nach Art. 725 OR zu spät einreicht. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung spricht eine natürliche Vermutung *«für die schadensstiftende Wirkung einer verspäteten Überschuldungsanzeige»*.[896] In solchen Fällen ist der Kausalzusammenhang zwischen der unterlassenen Anzeige und der höheren Überschuldung offensichtlich. Die eigentliche Schwierigkeit in diesen Fällen besteht darin, den kausalen Schaden zu beziffern. Dafür müssen die Liquidationswerte im Zeitpunkt, in dem die Bilanz hätte deponiert werden müssen, sowie im Zeitpunkt des Konkurses bekannt sein. Gelingt es, diesen Unterschied zu beweisen, ist die Kausalität der verspäteten Überschuldungsanzeige offensichtlich.

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass zumindest der Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors auch bei reinen Vermögensschäden denkbar ist. Allerdings hängen die beim Anscheinsbeweis vorhandenen Beweisschwierigkeiten mit den besonderen Umständen des Schadensereignisses zusammen (z.B. die geschädigte Person verstirbt beim Unfall und kann deshalb keine Angaben mehr dazu machen). Bei den Fällen reiner Vermögensschäden sind meist mehr Indizien und Beweismittel vorhanden, um die Kausalität zu beweisen. Die Erkenntnismöglichkeiten beschränken sich nicht auf den Erfahrungssatz. Die praktische Bedeutung des Anscheinsbeweises ist deshalb eher gering.

## 3. Schadensnachweis

### 3.1 Beweis eines bezifferbaren Schadens

Für den Schadensbeweis genügt es nicht, wenn die geschädigte Person die erlittenen Verletzungen oder Beschädigungen an Sachen beweist. Sie muss diesen «tatsächlichen» Auswirkungen eine Schadensposition zuordnen.[897] Jeder Schadensposten muss nach Art, Umfang und Zeit präzis beschrieben und die Grundlagen dieses Schadens (Tarife, Ansätze und Mengenangaben) müssen benannt werden.[898] Die Bezifferung ist in einigen Fällen relativ einfach. So sind die Fälle wenig problematisch, in denen es sich um einen resti-

896 BGE 132 III 564 E. 6.3 S. 576.

897 Vgl. Urteil 4A_271/2016; 4A_291/2016 des BGers vom 16. Januar 2017, E. 4; BGE 127 III 365 E. 2b S. 368 zum Totalschaden.

898 Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 4. Juni 2002, ZR 2002, S. 210 ff.; FISCHER/URWYLER, Haftpflichtkommentar, Art. 42 N 10.

tuierbaren Nachteil handelt, der mit dem schädigenden Ereignis eingetreten ist. Bei einem reparablen Schaden an einer Sache besteht der Schaden beispielsweise in den Reparaturkosten.[899]

Diese Schadensposten sind nicht nur zu beziffern, sondern auch zu beweisen. Wie ausgeführt, handelt es sich ebenfalls um einen Kausalitätsbeweis.[900] Entscheidend ist, dass bei jedem Schadensposten ein Alternativergebnis eingetreten wäre, d.h., gerade kein entsprechender Vermögensverlust ergangen wäre oder sich der entsprechende buchhalterische Wert ohne Schadensereignis vergrössert hätte. Dennoch muss die geschädigte Partei nach herrschender Lehre und Rechtsprechung die Höhe des Schadens nach dem Regelbeweismass beweisen, wenn keine Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR in Frage kommt. Begründet wird dies damit, dass zumindest der eingetretene Schaden überblick- und berechenbar sei und damit auch ohne Weiteres mit dem Regelbeweismass beweisbar.[901]

Nur weil es zu schädigenden Auswirkungen gekommen ist, wird der Schaden noch nicht vermutet.[902] Tatsächlich bereitet dieser Beweis in solchen Konstellationen aber wenig Probleme. Beispielsweise können die Behandlungskosten für eine erlittene Verletzung mit Arztrechnungen oder die Reparaturkosten mit einer Quittung der Reparaturarbeiten bewiesen werden.[903] Zwar wird das Gericht bei der Beurteilung des Schadens auch auf die Lebenserfahrung und Erfahrungssätze zurückgreifen (z.B. ob die Reparaturkosten angemessen sind). Solche Überlegungen lassen sich jedoch nicht mit den Überlegungen beim Anscheinsbeweis vergleichen.

### 3.2 Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR

In anderen Fällen ist es unmöglich, den genauen Schadensbetrag zu beziffern und zu beweisen. In diesen Fällen ist eine sog. «konkrete» Schadensberechnung (d.h. eine individuelle) nicht mehr möglich; sie muss durch eine «abstrakte» Schadensberechnung ersetzt werden.[904] Beispielsweise kann bei einem schwer verletzen Kleinkind der durch die bleibende Arbeitsunfähigkeit verursachte zukünftige Einkommensschaden nur grob geschätzt werden. Dieser nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden ist nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die

899 SIDLER, S. 536.

900 KESSLER, BSK OR I, Art. 42 N 1.

901 BÜHLER, Beweismass, S. 5.

902 Vgl. BREHM, Roland, Art. 42 OR N 9a; BGE 98 II 34 E. 3 S. 37 f.

903 KOTTMANN, N 36 ff.; BREHM, Roland, Art. 42 OR N 17c.

904 PASQUIER, Dissertation, N 139 ff., wonach aber auch die abstrakte Berechnung so weit wie möglich auf konkrete Umstände abstellen muss.

vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen (Art. 42 Abs. 2 OR). Das Beweismass wird in zweierlei Hinsicht herabsetzt. Sowohl der Schadenseintritt als auch die Schadenshöhe müssen nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden.[905] Wie beim Kausalitätsbeweis bilden Erfahrungssätze bei der Schadensschätzung ein zentrales Element.[906] Die Schadensschätzung nach Art. 42 OR hat sich an der Lebenserfahrung zu orientieren.[907] Vereinzelt wird in der Literatur betont, dass es sich bei dieser Schätzung (z.B. bei der Bemessung eines zukünftigen Schadens) um einen «Anscheinsbeweis» handelt.[908]

Bisher wurden Erfahrungssätze praktisch immer als kausale Aussagen zwischen zwei Tatsachen verstanden. Lehre und Rechtsprechung verstehen den Begriff jedoch in einem umfassenderen Sinn. Ein Erfahrungssatz wird mit Wissen gleichgesetzt, welches *«Kenntnis über verschiedenste für die Sachverhaltsermittlung relevante Zusammenhänge»* vermittelt.[909] Sämtliche Generalisierungen, die nicht nur im Einzelfall gültig sind, werden als Erfahrungssätze qualifiziert.[910] So wird als klassisches Beispiel für einen Erfahrungssatz die Aussage «Alle Menschen sind sterblich» angeführt.[911] Bei der Schadensschätzung sind vor allem jene Erfahrungssätze relevant, die sich als «Statistiken» bezeichnen lassen.[912] Beispielsweise muss das zukünftige mutmassliche Einkommen unter Umständen anhand der schweizerischen Lohnstrukturerhebung oder der AHV-Einkommensstatistik abgeschätzt werden.[913] Damit zeigt sich bereits, dass es bei der Schadensschätzung um etwas anderes geht als beim Anscheinsbeweis. Das Gericht stellt zwar bei beiden Überzeugungsbildungsvorgängen auf Erfahrungssätze ab, diese treffen aber sehr unterschiedliche Aussagen. Beim Anscheinsbeweis geht es um kausale Aussagen, während für die Schadensschätzung auf Durchschnittswerte und Statistiken abgestellt wird.

905 BÜHLER, Beweismass, S. 5; PASQUIER, Schätzung, S. 235 f.

906 PASQUIER, Dissertation, N 217 ff.; FREY, N 174 ff.

907 GULDENER, Beweiswürdigung, S. 14; VON DÄNIKEN, S. 46.

908 SCHUMACHER, Beweisprobleme, S. 198.

909 BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.16; ähnlich HASENBÖHLER, Beweisrecht Band 1, N 1.27; LEU, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 151 N 20 ff.; wohl auch BRUNNER, Eugène, S. 23 ff.

910 Als Beispiele werden angeführt: Erkenntnisse, Regeln, Gesetzmässigkeiten, vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., S. 7312; VETTER/PEYER, S. 766; BRÖNNIMANN, Berner Kommentar ZPO, Art. 151 N 6.

911 SCHWEIZER, Habil., S. 369.

912 SCHMID, Roland, S. 193.

913 KOTTMANN, N 215. Siehe z.B. für die Festsetzung des Haushaltsschadens nach SAKE-Tabellen: Urteil 4A_430/2019 des BGers vom 9. Dezember 2019, E. 2.

### 4. Zwischenfazit

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass sich der Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises nicht wesentlich erweitern lässt. Er kommt am ehesten bei sog. «reinen Vermögensschäden» in Frage. In solchen Fällen könnte die Kausalität eines bestimmten Faktors (z.B. eine Sorgfaltspflichtverletzung) für den Vermögensschaden grundsätzlich auf gleiche Art erschlossen werden wie bei den in der vorliegenden Arbeit untersuchten «Unfällen». Typischerweise sind bei einem derartigen Sachverhalt jedoch mehr Indizien vorhanden, weshalb der Anscheinsbeweis in der Praxis kaum zur Anwendung gelangt.

## II. Anscheinsbeweis im erstinstanzlichen Verfahren

### 1. Notwendige Behauptungen der geschädigten Partei

Es gilt nun, genauer auf die prozessuale Handhabung des Anscheinsbeweises einzugehen. Zu klären ist, welche Behauptungen die Parteien bei einem Anscheinsbeweis aufstellen müssen. Im Rahmen der Verhandlungsmaxime sind diejenigen Tatsachen behauptungsbedürftig, die bei einer Bestreitung durch die Gegenpartei beweisbedürftig sind. Offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen i.S.v. Art. 151 ZPO müssen weder behauptet noch bewiesen werden. Das Gericht kann sie von Amtes wegen bei der Entscheidfindung berücksichtigen.[914]

Die Behauptungslast wird nach den gleichen Prinzipien wie die Beweislast festgelegt. Die beweisbelastete Partei hat die Tatsache zu behaupten.[915] Zu einer Beweiswürdigung kommt es nur dann, wenn die beweisbelastete Partei die relevanten Tatsachen genügend detailliert behauptet und die Gegenpartei diese genügend ausführlich bestreitet.[916] Behauptung und Bestreitung müssen «substantiiert» sein. Behauptet die beweisbelastete Partei eine Tatsache nicht substantiiert, gilt diese als nicht erfolgt. Bei einer ungenügenden Bestreitung durch die Gegenpartei gilt die Tatsache hingegen als erstellt.[917] Es lässt sich nicht genau sagen, unter welchen Voraussetzungen

914 HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar ZPO, Art. 151 N 3c; SCHMID/HOFER, S. 284 FN 12; HURNI, Berner Kommentar ZPO, Art. 55 N 30; Urteil 5A_471/2020 des BGers vom 28. Januar 2021, E. 4.4.2; BGE 135 III 88 E. 4.1 S. 89.

915 BRÖNNIMANN, Dissertation, S. 158 f.; BGE 97 II 339 E. 1b S. 343.

916 Vgl. SCHMID/HOFER, S. 284 f.; FELLMANN, Substanziierungspflicht, S. 15.

917 Urteil HG140260 des HGers ZH vom 19. Januar 2017, E. 3.4.1; Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 9. April 1973, SJZ 1973, 329.

Behauptung und Bestreitung «substantiiert» sind. Die Gerichte legen den erforderlichen Grad einzelfallweise fest.[918] Die Rechtsprechung betont, dass der notwendige Substantiierungsgrad vom Tatbestandsmerkmal sowie von den Ausführungen der Gegenpartei abhängen.[919] Einerseits muss die Behauptung mindestens so ausführlich sein, dass sie unter das Tatbestandsmerkmal subsumiert werden kann.[920] Anderseits muss die beweisbelastete Partei umso genauer behaupten, je detaillierter die Ausführungen der Gegenpartei sind.[921] Im Laufe des (doppelten) Schriftenwechsels kommt es damit zu einer Art «Substantiierungsspirale».

### 1.1 Bei der Kausalität eines bestimmten Faktors

Teilweise wird im deutschen Recht die Ansicht vertreten, dass lediglich die Basis des Anscheinsbeweises, nicht aber die zu erschliessende Tatsache – vorliegend der Kausalzusammenhang bzw. die für das Schadensereignis kausale Abweichung vom Soll-Standard – behauptet werden muss.[922] Die bundesgerichtliche Erwägung, wonach beim Anscheinsbeweis die *«prozessualen Obliegenheiten»* entfallen,[923] könnte auch in diesem Sinne verstanden werden. Ähnlich wird von einem Teil der schweizerischen Lehre die These vertreten, dass bei natürlichen Vermutungen die Vermutungsfolge gar nicht mehr beweisbedürftig ist. Diese Annahme würde implizieren, dass die Tatsache auch nicht behauptet werden muss.[924] Diese Ansichten sind jedoch abzulehnen. Mit dem Anscheinsbeweis der Kausalität eines bestimmten Faktors wird lediglich der Hauptbeweis erbracht, indem auf die natürliche Kausalität geschlossen wird. An der Beweisbedürftigkeit der Tatsachen ändert sich nichts, weshalb diese behauptet werden müssen.[925]

Streng genommen dient nicht das Tatbestandsmerkmal, sondern dessen Definition als Anhaltspunkt für die notwendigen Behauptungen. Bei der natürlichen Kausalität ist somit die conditio-Formel entscheidend.[926] Die geschä-

918 HAAS/BÜHLER, S. 297.

919 Statt vieler: Urteil 4A_443/2017 des BGers vom 30. April 2018, E. 2; BGE 127 III 365 E. 2b S. 368.

920 Wenn der Sachverhalt nicht unter die Norm subsumiert werden kann, spricht man von einem *«nicht schlüssigen Tatsachenvortrag»*, siehe statt vieler: Urteil 4A_446/2020 des BGers vom 8. März 2021, E. 2.

921 Siehe statt vieler: BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Art. 157 N 8.

922 SAENGER, Handkommentar D-ZPO, § 286 N 91.

923 Urteil 4A_262/2016 des BGers vom 10. Oktober 2016, E. 4.4.2.1.

924 BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.10; SUTTER-SOMM, N 778.

925 Zudem wäre eine Sachverhaltsschilderung, die den Kausalzusammenhang nicht erwähnt, in der Regel auch kaum verständlich.

926 Zu deren Verständnis, siehe S. 34 ff.

digte Partei muss darlegen, dass das Schadensereignis nicht eingetreten wäre, wenn die haftpflichtige Partei statt der tatsächlichen die rechtlich gebotene Handlung vorgenommen hätte. Die geschädigte Partei muss somit den Ist-Zustand sowie den Soll-Standard und die realen bzw. hypothetischen Auswirkungen beschreiben.[927] Wie vorne dargelegt, handelt es sich bei der Festlegung des Soll-Standards durch das Gericht schlussendlich um eine Rechtsfrage (S. 51). Diese Qualifikation darf aber nicht zur Annahme verleiten, dass der Soll-Standard nicht behauptet werden müsse. Die Behauptung zur natürlichen Kausalität wäre diesfalls unvollständig. Die geschädigte Partei kann den hypothetischen Kausalverlauf nur behaupten, wenn sie darlegt, was aus ihrer Sicht den Soll-Standard darstellt. Zudem muss sie den Ist-Zustand so umschreiben, dass die Abweichung vom Soll-Standard ersichtlich wird. Ohne Vorstellung über den Soll-Standard kann die geschädigte Partei den im Ist-Zustand enthaltenen Vorwurf gar nicht darlegen, was zur Folge hätte, dass das Gericht die Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal nicht vornehmen kann.

Wie detailliert die Kausalketten zu beschreiben sind, lässt sich nicht generell sagen. Zumindest in der ersten Rechtsschrift müssen die reale und die hypothetische Kausalkette nicht in Einzelheiten beschrieben werden.[928] Zudem braucht es keine Erklärung, weshalb von einem Kausalzusammenhang auszugehen ist.[929] Im deutschen Recht betont der BGH, dass die Darlegungslast beim Anscheinsbeweis *«verkürzt»* wird.[930] Diese herabgesetzten Anforderungen werden dadurch gerechtfertigt, dass es sich um «typische Ereignisse» handelt.[931] Das ist nach hier vertretener Ansicht allerdings nicht entscheidend. Wie genau eine Partei den Kausalverlauf schildern muss, hängt in erster Linie von den Informationen ab, über die sie verfügt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind aus diesem Grund – zumindest bei Unterlassungen – die Anforderungen an die Schilderung der hypothetischen Kausalkette reduziert.[932] Bei hypothetischen Kausalverläufen müssen

927 Im Ergebnis gleich: SUMMERMATTER, S. 409.

928 Wie dargelegt, erhöhen sich die Substantiierungsanforderungen je nach Art der Bestreitung durch die Gegenpartei.

929 Strenger SUMMERMATTER, S. 613, der verlangt, dass alle in Frage kommenden Ursachen sowie alle positiven und negativen Umstände zu nennen sind, die dafür benötigt werden, gewisse Verursachungshypothesen auszuschliessen. Ebenso GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, S. 494, wonach die Klägerin darzulegen hat, welche Pflichtverletzung *weshalb* zum Schaden geführt hat.

930 Vgl. BGH NJW 2005, 2454, wonach die geschädigte Partei nicht darzulegen hat, *«wie im Einzelnen es zu dem Unfall gekommen ist»*; gl.M. wohl OBERHEIM, S. 920.

931 SUMMERMATTER, S. 410.

932 Vgl. Urteil 4A_588/2011 des BGers vom 3. Mai 2012, E. 2.2.4; Urteil 4A_144/2009 des BGers vom 6. Oktober 2009, E. 3.4 f.

zwangsläufig Mutmassungen angestellt werden, wie sich das Geschehen entwickelt hätte, wenn der Soll-Standard eingehalten worden wäre. Es kann nicht erwartet werden, dass Details geschildert werden, die sich ohnehin nur hypothetisch ereignet hätten.[933] Neben den vorhandenen Informationen beeinflusst die Komplexität des Sachverhalts den Detaillierungsgrad. Bei einem «komplizierten» Sachverhalt muss die geschädigte Partei tendenziell genauer erklären, wie es zum Schadensereignis gekommen ist.[934]

Beim Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors gelten die allgemeinen Grundsätze, wie detailliert die geschädigte Partei den Kausalverlauf schildern muss. Die Anforderungen an die Substantiierung sind jedoch eher gering, weil die geschädigte Partei nur über wenige Informationen verfügt. Zudem handelt es sich meist um nicht sehr komplexe, alltägliche Sachverhalte. Im Normalfall genügt es somit, wenn die geschädigte Partei die genannten «Mindestbehauptungen» zu den beiden Kausalketten aufstellt.

### 1.2 Bei der Irgendwie-Verursachung

Die Behauptungs- und Substantiierungsanforderungen werden bei der Irgendwie-Verursachung reduziert, weil die geschädigte Partei über keine genauen Informationen zum Ist-Zustand verfügt.[935] In diesem Fall genügt es zu behaupten, dass der Schaden durch eine unbekannte Abweichung vom Soll-Standard verursacht wurde und es beim Einhalten des Soll-Standards nicht zum Schadensereignis gekommen wäre.[936] Die geschädigte Partei muss lediglich ausführen, weshalb sie über keine genaueren Informationen verfügt, wie es zum Unfall gekommen ist. Nach Möglichkeit hat sie zudem Hypothesen zu den möglichen Ursachen (d.h. zum Ist-Zustand) aufzustellen.[937] Eine solche «Erklärungspflicht» verhindert, dass die geschädigte

---

933 Mit anderen Worten ist zulässig, dass sich Lücken im Kausalverlauf ergeben, die ausnahmsweise erst durch das Beweisverfahren geschlossen werden, vgl. REICHART, S. 147; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 129.

934 Vgl. Urteil HG120209 des HGers ZH vom 6. Mai 2014, E. 7.3. Beispielsweise muss die Klägerin bei Ansprüchen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit regelmässig die Zwischenschritte darlegen, welche schlussendlich zum Schaden geführt haben. Diese Aufgabe wird zusätzlich erschwert, wenn es um mehrere Pflichtverletzungen von unterschiedlichen Organen geht. In diesem Fall müssen bei den einzelnen Schadensposten verschiedene Kausalzusammenhänge dargelegt werden, siehe REICHART, S. 141; GÖTZ STAEHELIN/STEBLER, S. 494.

935 KOLLHOSSER, S. 62.

936 PRÜTTING, Beweislast, S. 110; BAUMGÄRTEL/LAUMEN, Kp. 17 N 31.

937 Vgl. MUMMENHOFF, S. 147, wonach die beweisbelastete Partei *«die Lücken und ihre denkbare Ausfüllung»* bezeichnen muss; a.A.: BAUMGÄRTEL/LAUMEN, Kp. 17 N 31, wonach es nicht nötig ist, solche Hypothesen darzulegen.

Partei mit einer zu knappen Darstellung vom Anscheinsbeweis profitiert.[938] Wenn die beweisbelastete Partei ausführt, welche Umstände aus welchen Gründen unbekannt sind, wird es der Gegenpartei ermöglicht, sich effektiv zu verteidigen.

### 1.3 Zum «typischen Geschehensablauf»

Erfahrungssätze treffen verschiedene Aussagen. In der vorliegenden Arbeit waren vor allem diejenigen Erfahrungssätze relevant, die eine Aussage zum kausalen Verhältnis zweier Tatsachen (zur sog. generellen Kausalität) machen. Auf solchen Erfahrungssätzen beruht der Anscheinsbeweis. In diesem Kapitel (S. 165 f.) hat sich zudem gezeigt, dass der Begriff «Erfahrungssatz» in einem breiteren Sinn verstanden wird. Erfahrungssätze wie z.B. Statistiken zum Durchschnittseinkommen werden benötigt, um den Schaden berechnen bzw. schätzen zu können. Der Begriff umfasst sämtliche «Generalisierungen».[939]

Erfahrungssätze treffen jedoch nicht nur verschiedene Aussagen, sondern haben auch unterschiedliche Funktionen. Gewisse Erfahrungssätze werden gebraucht, um den Soll-Standard zu konkretisieren. Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich nicht auf die Tatsachenermittlung. Sie werden ebenso benötigt, um abstrakte Rechtsbegriffe zu konkretisieren (z.B. bei der Fahrlässigkeit, siehe dazu vorne S. 50 ff.).

Zu klären ist, ob und wann die geschädigte Partei Erfahrungssätze behaupten (und beweisen) muss. Konkret ist beim Anscheinsbeweis zu überprüfen, ob die geschädigte Partei den *typischen Geschehensablauf* zu behaupten hat, d.h., ob sie in ihrer Rechtsschrift darlegen muss, dass beispielsweise eine Geschwindigkeitsüberschreitung viel häufiger zu einem Unfall führt als eine angemessene Fahrweise. Aufgrund der unterschiedlichen Aussagen von Erfahrungssätzen und ihrer unterschiedlichen Verwendung bei Beweiswürdigung und Rechtsanwendung erstaunt es nicht, dass die Frage umstritten ist.

Die ZPO erwähnt Erfahrungssätze lediglich in Art. 151 ZPO. Nach dieser Bestimmung müssen *«allgemein anerkannte Erfahrungssätze»* nicht bewiesen werden. Vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO war anerkannt, dass

938 Vgl. LEPA, Beweiserleichterungen, S. 131, wonach es eine Prozesstaktik sein kann, sich knapp zum Sachverhalt zu äussern, um vom Anscheinsbeweis zu profitieren.

939 Siehe vorne S. 166. In der Rechtsprechung wird beispielsweise genannt, dass die US-amerikanische Gesetzgebung keinen angemessenen Datenschutz i.S.v. Art. 6 DSG gewährleistet (Urteil LA160009 des OGers ZH vom 22. Dezember 2016, E. 8.4.4), dass der Ertragswert eines landwirtschaftlichen Heimwesens tiefer ist als der Verkehrswert (Urteil 5C.203/2004 des BGers vom 22. April 2005, E. 4.2) oder dass Notare ihrer gesetzlichen Aufklärungspflicht nachkommen (Urteil 5P.347/2004 des BGers vom 11. Januar 2005, E. 2.1).

das Gericht Erfahrungssätze von Amtes wegen berücksichtigen kann. Erfahrungssätze mussten von den Parteien generell nicht behauptet und bewiesen werden.[940] Mit Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO lässt sich diese Praxis nicht mehr vertreten. Nach Art. 151 ZPO müssen allgemein anerkannte Erfahrungssätze nicht bewiesen werden. Im Umkehrschluss sind nicht allgemein anerkannte Erfahrungssätze zu beweisen.[941]

### a Untersuchungsmaxime bei «Normtatsachen»?

Allerdings stellt sich die Frage, ob überhaupt immer die Verhandlungsmaxime Anwendung findet und ob nicht nach der «Funktion» des Erfahrungssatzes unterschieden werden muss. Werden Erfahrungssätze als Hilfskriterien beigezogen, um den Soll-Standard zu konkretisieren, dienen sie indirekt der Rechtsanwendung. Im deutschen Recht werden Tatsachen, die nicht zur Subsumtion gedacht sind, sondern dazu dienen, eine Rechtsregel zu konkretisieren, *«Normtatsachen»* oder *«Rechtsfortbildungstatsachen»* genannt.[942] Diese Normtatsachen hat das Gericht nach deutschem Recht von Amtes wegen zu ermitteln.[943] Das Bundesgericht und die schweizerische Lehre benutzen den Begriff vereinzelt ebenfalls.[944]

Die Verhandlungsmaxime beruht auf der Überlegung, dass die Parteien am besten wissen, wie sich der Fall zugetragen hat.[945] Bei Tatsachen, die dazu gebraucht werden, den Soll-Standard zu bestimmen, trifft diese Annahme nicht zu.[946] Diese Tatsachen hängen nicht mit dem konkreten Sachverhalt zusammen, sondern beschreiben allgemeine Zusammenhänge. Zudem haben diese Erfahrungssätze eine gewisse Präjudizwirkung.[947] Die falsche

940 Urteil 5P.347/2004 des BGers vom 11. Januar 2005, E. 2.1; BRÖNNIMANN, Dissertation, S. 11; BERGER-STEINER, Dissertation, 02.26; SARBACH, S. 710 m.w.H.; SIEGRIST, S. 108.

941 Urteil ZB.2019.3 des Appellationsgerichts BS vom 9. August 2019; SCHWEIZER, Habil., S. 411.

942 SEITER, S. 573 ff.; RÜSSMANN, Normtatsachen, S. 357 ff. Insbesondere zu Normen und Richtlinien: SANDER, S. 26 ff.

943 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 113 N 21; RECHBERGER, Arzthaftungsprozess, S. 654 lässt die Frage zum österreichischen Recht offen.

944 Der Anwendungsbereich umfasst aber nicht nur die hier interessierenden Erfahrungssätze zur Kausalität und zum Soll-Standard, vgl. Urteil 5A_944/2016 des BGers vom 31. August 2017, E. 2.5.1 zur *«Geschäftsgewandtheit»*; WALTER, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 98, der als Beispiele den *«vernünftigen Menschen»* oder die *«irreführende Werbung»* erwähnt; SUMMERMATTER, S. 387 ff.

945 GEHRI, BSK ZPO, Art. 55 N 2; GLASL, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 55 N 5; CHABLOZ, Petit Commentaire CPC, Art. 55 N 2; a.A. OBERHAMMER/WEBER, KuKo ZPO, Art. 55 N 3, welche die Ratio im Grundsatz der Privatautonomie sehen.

946 KONZEN, S. 348; RÜSSMANN, Normtatsachen, S. 365.

947 SCHMIDT, S. 812.

oder unterlassene Ermittlung von Erfahrungssätzen ist geeignet, die Anforderungen an den Soll-Standard in zukünftigen Urteilen zu verändern.[948] Aus dem engen Konnex zur Rechtsanwendung könnte geschlossen werden, dass das Gericht solche Tatsachen auch unter der eidgenössischen ZPO von Amtes wegen ermitteln muss.[949]

Dennoch sprechen die besseren Argumente gegen die Anwendung der Untersuchungsmaxime. Das Gesetz unterscheidet in Art. 150 ff. ZPO nicht danach, welchem Zweck die Erfahrungssätze dienen. Bei Erfahrungssätzen handelt es sich auch dann um Tatsachen, wenn sie bei der Rechtsanwendung beigezogen werden. Beim Anscheinsbeweis hat sich gezeigt, dass der gleiche Erfahrungssatz für den Kausalitätsbeweis wie auch für die Konkretisierung des Soll-Standards gebraucht wird (siehe S. 56 f.). In solchen Fällen könnte nicht zwischen einem (grundsätzlich) beweisbedürftigen Erfahrungssatz bei der Kausalität und einer (von Amtes wegen zu untersuchenden) Normtatsache beim Soll-Standard unterschieden werden. In der Praxis führt die Geltung der Verhandlungsmaxime nicht dazu, dass eigentlich einschlägige Normtatsachen ausser Acht gelassen werden. In den meisten Fällen hat die klägerische Partei klare Vorstellungen davon, welche Normtatsachen zur Anwendung gelangen. Schliesslich muss sie beim Ist-Zustand ohnehin darlegen, was sie der haftpflichtigen Person vorwirft, und im Rahmen der hypothetischen Kausalkette den Soll-Standard beschreiben. Dafür hat die geschädigte Partei regelmässig vor dem Prozess die Normtatsachen zu ermitteln. Exemplarisch zeigt sich diese Gegebenheit bei ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzungen. Ohne Kenntnisse darüber, wie die Behandlung hätte vorgenommen werden müssen, kann die geschädigte Partei den Ist-Zustand gar nicht beschreiben. Die Normtatsachen zum Soll-Standard sind demnach in diesen Behauptungen implizit enthalten. Im Ergebnis ist es angebracht, dass die Verhandlungsmaxime auch für Erfahrungssätze gilt, die als «Normtatsachen» eingesetzt werden.

948 Vgl. WALTER, Rechtsprechung, S. 756, der in den Normtatsachen eine *«unabdingbare Voraussetzung»* für die Rechtsanwendung erkennt; wohl ebenfalls: SUMMERMATTER, S. 397.

949 So überprüft auch das Bundesgericht zumindest gewisse Normtatsachen frei, siehe illustrativ BGE 111 II 72 E. 3a: *«Anders verhält es sich dagegen, wenn die Voraussehbarkeit oder Erkennbarkeit der Gefahr vom kantonalen Richter nicht zum Gegenstand der Beweisführung oder Beweislast gemacht, sondern ausschliesslich gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung beurteilt wird. Erfahrungssätze haben diesfalls die Funktion von Normen und werden daher im Berufungsverfahren den Rechtssätzen in dem Sinne gleichgestellt, dass ihre Anwendung vom Bundesgericht frei überprüft wird.»*

### b Behauptungsbedürftigkeit unter der Verhandlungsmaxime

Es stellt sich demnach die Frage, wann Erfahrungssätze im Rahmen der Verhandlungsmaxime behauptet werden müssen. Eine erste, wohl herrschende Ansicht geht davon aus, dass nur diejenigen Erfahrungssätze behauptet werden müssen, welche schliesslich auch zu beweisen sind, d.h. alle nicht i.S.v. Art. 151 ZPO allgemein anerkannten Erfahrungssätze.[950] Dieser Ansicht nach werden Erfahrungssätze nicht anders behandelt als «gewöhnliche» Tatsachen. Nach einer zweiten Ansicht müssen Erfahrungssätze nie behauptet werden. Nicht allgemein anerkannte Erfahrungssätze müssen hingegen bewiesen werden.[951] Gemäss einer dritten Meinung sind alle Erfahrungssätze zu behaupten, die allgemein anerkannten Erfahrungssätze i.S.v. Art. 151 ZPO aber nicht zu beweisen.[952]

Bei allen drei Ansichten ist der Begriff des allgemein anerkannten Erfahrungssatzes zentral. Um beurteilen zu können, welche dieser Ansichten überzeugt, muss zuerst geklärt werden, was unter *«allgemein anerkannt»* i.S.v. Art. 151 ZPO zu verstehen ist.

Wie ausgeführt, unterscheidet das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung zwischen einfachen und qualifizierten Erfahrungssätzen, um seine Kognitionsbefugnis festzustellen. Qualifizierte Erfahrungssätze haben über den konkreten Sachverhalt hinaus Bedeutung und übernehmen «gleichsam die Funktion von Normen».[953] Qualifizierte Erfahrungssätze prüft das Bundesgericht frei, weil sie Rechtsverletzungen gleichgestellt seien. Falsch angewandte einfache Erfahrungssätze betrachtet es hingegen als fehlerhafte Beweiswürdigung.[954] Diese Unterscheidung wurde in der Botschaft zur ZPO[955] sowie in der Lehre übernommen, um den *«allgemein anerkannten Erfahrungs-*

950 BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Art. 151 N 12; HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar ZPO, Art. 151 N 10 und 12; BRÖNNIMANN, Berner Kommentar ZPO, Art. 151 N 7 f.; GUYAN, BSK ZPO, Art. 151 N 2.

951 SCHWEIZER, Habil., S. 411. Diese Ansicht entspricht der h.L. und Rechtsprechung in Deutschland, siehe hierzu PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 284 N 44; SUMMERMATTER, S. 428 f. geht differenzierend davon aus, dass Erfahrungssätze, die auf Fachwissen beruhen, nicht behauptet, aber bewiesen werden müssen.

952 CHABLOZ/COPT, Petit Commentaire CPC, Art. 151 N 16.

953 Urteil 5A_311/2010 des BGers vom 3. Februar 2011, E. 1.3; BGE 117 II 256 E. 2b S. 258; BGE 123 III 241 E. 3a. S. 243. Aufgrund dieser unterschiedlichen Erfahrungssätze wird in der Literatur auch zwischen verschiedenen natürlichen Vermutungen unterschieden. Siehe dazu S. 158 ff.

954 Vgl. Urteil 5A_834/2016, 5A_852/2016 des BGers vom 13. Juni 2018, E. 3.6 f. zu einer natürlichen Vermutung.

955 Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff., S. 7312.

*satz»* im Sinne von Art. 151 ZPO von den anderen, beweisbedürftigen Erfahrungssätzen zu unterscheiden.[956] Alternativ wird die Formulierung verwendet, dass die «allgemeinen Erfahrungssätze»[957] solche sind, die in gleichgelagerten Fällen allgemeine Geltung beanspruchen.[958] Bei der Untersuchung der natürlichen Vermutung wurde auf S. 150 ff. bereits festgestellt, dass dieses Abgrenzungskriterium untauglich ist, weil der Erfahrungssatz immer eine allgemeine und nicht auf den konkreten Fall beschränkte Aussage macht. Einen nicht verallgemeinerungsfähigen Erfahrungssatz, der nur für den konkreten Fall gültig ist, gibt es gar nicht.[959] Normfunktion haben Erfahrungssätze ohnehin nicht, weil sie keine Handlungsanweisung geben.

Eine Gegenmeinung stellt deshalb darauf ab, ob der Erfahrungssatz *«allgemein bekannt»* ist.[960] Diese Sichtweise stimmt wohl mit der ebenfalls vertretenen Meinung überein, dass diejenigen Erfahrungssätze nicht beweisbedürftig sind, die auf allgemeiner Lebenserfahrung beruhen. Umgekehrt sind solche Erfahrungssätze zu beweisen, die auf Fachwissen basieren.[961] In einem neueren Urteil stellt das Bundesgericht ebenfalls auf dieses Kriterium ab.[962] Diese Unterscheidung erscheint sinnvoll. Kennt das Gericht einen Erfahrungssatz, kann es diesen bei der Beweiswürdigung sowie bei der Konkretisierung von Normen berücksichtigen. Das Gericht hat in der Regel jedoch keine Kenntnisse von nicht allgemein bekannten Erfahrungssätzen. Die Partei muss die Existenz des Erfahrungssatzes deshalb beweisen. Die Unterscheidung nach *«allgemeiner Bekanntheit»* ist praxistauglich.

Mit dieser Erkenntnis kann die Frage der Behauptungsbedürftigkeit geklärt werden. Überzeugender Ansicht nach muss bei der Behauptungs- und Beweisbedürftigkeit von Erfahrungssätzen dasselbe gelten wie bei allen anderen Tatsachen. Es müssen nur jene Erfahrungssätze behauptet werden,

---

956 Lienhard, Materielle Prozessleitung, N 383; GUYAN, BSK ZPO, Art. 151 N 4; BRÖNNIMANN, Berner Kommentar ZPO, Art. 151 N 6; JUCKER, Diss., N 623 FN 1127 stellt ebenfalls auf den qualifizierten Erfahrungssatz im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab. Zugleich betont er, dass solche Erfahrungssätze nicht bewiesen werden müssen, die das Gericht bereits kennt.

957 Damit müssen aber die allgemein anerkannten Erfahrungssätze i.S.v. Art. 151 ZPO gemeint sein.

958 Urteil LB180005 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. Oktober 2018, E. 4.4.3.3 a mit Verweis auf BGE 126 III 10 E. 2b S. 13.

959 Gl.M. SUMMERMATTER, S. 390; vgl. ebenfalls PASQUIER, Dissertation, N 226.

960 SCHWEIZER, Habil., S. 412; PASQUIER, Beweiserleichterung, S. 161; SUMMERMATTER, S. 392 m.w.H.; in diesem Sinne auch schon GULDENER, Beweiswürdigung, S. 15. Dieser geht davon aus, dass das Gericht in Sondergebieten, in denen es sich nicht auskennt, die einschlägigen Erfahrungssätze durch ein Gutachten in Erfahrung bringen muss.

961 VETTER/PEYER, S. 768; HOHL, Procédure civile, N 1598 ff.; NONN, S. 21.

962 BGE 143 III 297 E. 6.7.1 S. 313.

die auch beweisbedürftig sind (d.h. die nicht allgemein bekannten Erfahrungssätze). Die Verhandlungsmaxime und die aus ihr folgende Behauptungs- und Bestreitungslast der Parteien erfüllen keinen Selbstzweck. Diese prozessualen Obliegenheiten dienen dazu, dem Gericht diejenigen Tatsachen vorzutragen, die es ansonsten nicht kennen würde. Die Ansicht, wonach alle Erfahrungssätze zu behaupten sind, ist deshalb abzulehnen. Es macht keinen Sinn, dass die Parteien Erfahrungssätze behaupten müssen, die dem Gericht ohnehin schon bekannt sind. Diese Ansicht entspricht auch nicht der Praxis. So wendet das Gericht bei der Würdigung von Partei- und Zeugenaussagen verschiedenste Erfahrungssätze an. Es berücksichtigt sein Wissen darüber, dass die persönliche Nähe eines Zeugen zur Partei die Glaubwürdigkeit der Aussage beeinflusst oder dass detailliertere Aussagen grundsätzlich glaubhafter sind als pauschale Erklärungen. Es käme niemand auf die Idee, dass die Parteien solche Aussagen behaupten müssten. Zu weit geht hingegen die Ansicht, wonach Erfahrungssätze zwar nie behauptet, teilweise aber bewiesen werden müssen. Aus praktischer Sicht ist eine solche Beweisführung gar nicht möglich. Im Rahmen der Verhandlungsmaxime kann ein Beweis nur dann geführt werden, wenn eine Behauptung aufgestellt und dafür Beweismittel offeriert werden.[963]

Für die Behauptungsbedürftigkeit ist demnach entscheidend, ob der Erfahrungssatz bewiesen werden muss. Beweisbedürftig sind die nicht allgemein bekannten Erfahrungssätze. Beim Anscheinsbeweis stellt das Gericht meist auf einen Erfahrungssatz der allgemeinen Lebenserfahrung ab. Solche Erfahrungssätze sind allgemein bekannt und müssen deshalb weder behauptet noch bewiesen werden. Wie die Entscheide zu den verspäteten Diagnosen zeigen, ist dies allerdings nicht immer der Fall. Bei einem derartigen Sachverhalt muss eine Expertin dem Gericht erst Erfahrungssätze zu Überlebenschancen übermitteln. Dieses kann dann über die Kausalität urteilen und entscheiden, ob der typische Geschehensablauf genügend stark ist.

## 2. Notwendige Bestreitungen der haftpflichtigen Partei

Wie genau bestritten werden muss, hängt von der Detailliertheit der Behauptungen ab. Wenn man davon ausgeht, dass beim Anscheinsbeweis eher geringe Anforderungen an die Substantiiertheit zu stellen sind, gilt das erst recht für die Bestreitung.[964] Eine Tatsache kann von der Gegnerin der be-

963 Wird der Erfahrungssatz nicht behauptet, ergibt er sich aber aus dem Beweisverfahren, handelt es sich um ein überschiessendes Beweisergebnis, siehe dazu FN 74 vorne.

964 Diese braucht in der Regel nicht gleichermassen detailliert zu sein wie die Behauptung, siehe BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438; BGE 115 II 1 E. 4 S. 2.

weisbelasteten Partei auf zwei Arten bestritten werden. Einerseits kann die Partei das Vorliegen einer Tatsache lediglich abstreiten. Beispielsweise kann sie zur natürlichen Kausalität vorbringen, ihr Verhalten sei nicht ursächlich für den Schadenseintritt. Anderseits kann die nicht beweisbelastete Partei die Tatsachenbehauptung mit einer abweichenden Sachdarstellung bestreiten. Sie kann z.B. vorbringen, ihr Verhalten sei nicht ursächlich, weil eine andere Ursache zum Schadenseintritt geführt hat.[965] Im Allgemeinen genügt es, die Sachverhaltsdarstellung der beweisbelasteten Partei lediglich zu negieren. Je nach Fallkonstellation ist es allerdings notwendig, den Sachverhalt aus eigener Sicht zu schildern.[966] Dies ist etwa dann der Fall, wenn es der bestreitenden Partei aufgrund ihrer besonderen (Fach-)Kenntnisse zuzumuten ist, genauere Angaben zum Sachverhalt zu machen.[967]

Die Gerichtsentscheide äussern sich nicht explizit dazu, welche Art von Bestreitung beim Anscheinsbeweis notwendig ist. Bei der Kausalität eines bestimmten Faktors sind jedenfalls keine Gründe ersichtlich, weshalb der Sachverhalt aus eigener Sicht geschildert werden müsste. Die haftpflichtige Partei verfügt über keine genaueren Informationen zum Sachverhalt. Es gilt deshalb die allgemeine «Faustregel», dass die Gegenpartei nicht darlegen muss, weshalb die Behauptung unrichtig ist.[968] Für eine genügende Bestreitung muss aus dem Tatsachenvortrag der haftpflichtigen Partei lediglich hervorgehen, dass das Schadensereignis nicht durch die Abweichung vom Soll-Standard verursacht wurde. Allerdings hat die Art der Bestreitung einen engen Bezug zum indirekten Gegenbeweis. Vorne wurde dargelegt, dass beim Anscheinsbeweis ein indirekter Gegenbeweis geführt werden muss (S. 104 ff., 123 ff.). Ein solcher setzt eine selbständige Sachverhaltsdarstellung voraus. Die dem indirekten Gegenbeweis dienenden Indizien müssen im Rahmen der Bestreitung vorgebracht werden. Ebenso sind Gegenbeweismittel zu offerieren, welche die Indizien beweisen sollen. Demnach braucht es

965 BRÖNNIMANN, Dissertation, S. 176 bezeichnet Ersteres als einfaches oder unsubstantiiertes Bestreiten, Letzteres als substantiiertes Bestreiten. Diese Terminologie ist abzulehnen: Ob eine Bestreitung genügt (und somit «substantiiert» ist), ist im Einzelfall zu entscheiden; auch eine «einfache Bestreitung» kann in diesem Sinne substantiiert sein.

966 Andernfalls geht das Gericht davon aus, dass die Behauptung nicht genügend substantiiert bestritten wurde. Im deutschen Recht wird diese Obliegenheit als *«sekundäre Darlegungslast»* bezeichnet, siehe dazu ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 110 N 16 ff.

967 Urteil 4A_449/2018 des BGers vom 25. März 2019, E. 6.2.4 m.w.H. Deshalb hängt die Detailliertheit der notwendigen Bestreitung nicht nur von den Behauptungen ab, so aber: HUGUENIN-DUMITTAN, S. 33.

968 BGE 117 II 113 E. 2 S. 114; BRÖNNIMANN, Berner Kommentar ZPO, Art. 150 N 15.

zwar keine eigenständige Sachverhaltsdarstellung für die (substantiierte) Bestreitung. Aufgrund der Verschiebung der subjektiven Beweisführungslast auf die haftpflichtige Partei (siehe vorne S. 122 f.), ist eine solche aber notwendig, damit die Beweiswürdigung nicht zu deren Ungunsten ausfällt.

Bei der Irgendwie-Verursachung verfügt die haftpflichtige Partei zwar über mehr Informationen als die geschädigte Partei. Dennoch ist es auch in dieser Situation nicht gerechtfertigt, erhöhte Anforderungen an die Bestreitungslast zu stellen. Ansonsten würde nämlich ein Vorgang der Beweiswürdigung ungerechtfertigterweise auf die Behauptungs- und Bestreitungsebene verlagert. Die Behauptungs- und Bestreitungsobliegenheiten dienen jedoch nicht dazu, eine Plausibilitätskontrolle vorzunehmen.[969]

Bei der Bestreitung von Erfahrungssätzen ergibt sich im Vergleich zu gewöhnlichen Tatsachen eine Besonderheit. Erfahrungssätze müssen – unabhängig davon, ob es sich um allgemein anerkannte Erfahrungssätze handelt – nicht zwingend bestritten werden. Mit anderen Worten muss das Gericht «Zugeständnisse» bei Erfahrungssätzen nicht beachten.[970] Ansonsten würde der Grundsatz der freien Beweiswürdigung unzulässigerweise eingeschränkt.[971] Behauptet beispielsweise die geschädigte Partei, dass die von ihr erlittene Infektion immer auf einen Hygienemangel der behandelnden Ärztin zurückzuführen ist, und wird dieser Erfahrungssatz von der haftpflichtigen Partei (aus Versehen) nicht bestritten, würde dem Gericht eine unzulässige Beweisregel auferlegt. Das gilt nicht nur beim Anscheinsbeweis, sondern bei allen Erfahrungssätzen. Zusammengefasst lässt sich sagen, dass sich bei der Bestreitung durch die haftpflichtige Partei beim Anscheinsbeweis keine Besonderheiten ergeben.

## 3. Gerichtliche Verfahrensleitung und Urteilsfindung

Ziel des Beweisverfahrens ist es, die Wahrheit festzustellen. Beim Anscheinsbeweis bestehen spezielle Gefahren, die zu einer falschen Überzeugung führen können (siehe vorne S. 108 ff.). Es gilt deshalb zu prüfen, ob das Gericht Massnahmen treffen kann, um die Gefahr von Fehlurteilen zu verkleinern.

### 3.1 Zurückhaltung bei antizipierter Beweiswürdigung

Beim Anscheinsbeweis hat sich das Gericht eine (vorläufige) Überzeugung über die Schadensverursachung gebildet. In diesem Fall stellt sich die Frage,

969 Schweizer, Substanziieren, S. 569;

970 PRÜTTING, Münchener Kommentar ZPO, § 284 N 44.

971 Vgl. die gleiche Überlegung von PELLI, S. 156 f. zu Beweiswürdigungsverträgen.

ob es darauf verzichten kann, die von der Gegenpartei offerierten Gegenbeweismittel abzunehmen. Es ist zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine antizipierte Beweiswürdigung möglich ist.

Nach Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr frist- und formgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt.[972] Das Recht auf Beweis gibt es nicht nur beim Haupt-, sondern auch beim Gegenbeweis.[973] In der Rechtspraxis kommt es relativ oft vor, dass ein Gericht auf die Abnahme von Gegenbeweismitteln verzichtet, wenn es seine Überzeugung mithilfe von abgenommenen Beweismitteln bereits gebildet hat.[974] Das Gericht muss in diesem Fall willkürfrei davon ausgehen können, dass sich die bereits gebildete Überzeugung durch weitere Beweisabnahmen nicht mehr verändert.[975] Strenger ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wenn sich das Gericht für den Hauptbeweis lediglich auf Erfahrungssätze verlässt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die antizipierte Beweiswürdigung von *«erheblichen und tauglichen»* Gegenbeweismitteln ausgeschlossen, wenn das Gericht für den Hauptbeweis *«auf die allgemeine Lebenserfahrung, auf allgemeine tatsächliche Vermutungen [...] abstellt»*.[976]

Diese Rechtsprechung ist vollkommen überzeugend. Der Anscheinsbeweisgegnerin darf die Möglichkeit zur Erschütterung nicht verwehrt werden. Die Überzeugungsbildung mit Erfahrungssätzen kann fehlerhaft sein.[977] Fraglich ist deshalb lediglich, wann ein (Gegen-)Beweismittel «tauglich» ist. Im Grundsatz ist ein Beweismittel dann tauglich, wenn es zur Erkenntnis führen kann, dass die aufgestellte Behauptung bzw. Bestreitung wahr oder unwahr ist.[978] Die Lehre unterscheidet zwischen objektiver und subjektiver Tauglichkeit. Ein Beweismittel ist objektiv tauglich, wenn es «seiner Natur

972 Umstritten ist, ob sich die Möglichkeit der antizipierten Beweiswürdigung aus Art. 152 Abs. 1 ZPO oder Art. 157 ZPO ergibt, vgl. LEU, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 152 N 103. Praktische Relevanz hat die Frage nicht.

973 BGE 130 III 321 E. 3.4 S. 326; Urteil 4A_684/2012 des BGers vom 6. Mai 2013, E. 2.3.4, wonach das Recht auf Gegenbeweis allerdings erst tangiert wird, wenn der Hauptbeweis erbracht ist.

974 Siehe z.B.: BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332 f. (unzulässige antizipierte Beweiswürdigung); Urteil 4A_70/2018 des BGers vom 20. August 2018, E. 4.2.

975 Urteil 4A_144/2019 des BGers vom 27. Mai 2019, E. 3.2.

976 Urteil 5A_769/2011 des BGers vom 2. März 2012, E. 5.1; BGE 115 II 305; ebenso BRÖNNIMANN, Beweisanspruch, S. 180; vgl. auch LEU, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 152 N 121, wonach beim Gegenbeweis im Allgemeinen eine antizipierte Beweiswürdigung nur sehr selten zulässig ist.

977 Vgl. vorne S. 108 ff.

978 KUNTSCHEN, N 62; GUYAN, BSK ZPO, Art. 152 N 6.

nach» geeignet ist, eine Behauptung zu beweisen. Subjektiv tauglich ist das Beweismittel, wenn es das Gericht im konkreten Fall von der Wahr- bzw. Unwahrheit überzeugen kann.[979]

Einfach gestaltet sich die Sachlage beim indirekten Gegenbeweis. Macht die Anscheinsbeweisgegnerin einen alternativen Kausalverlauf geltend und offeriert Gegenbeweismittel, die ein Indiz beweisen sollen, das für diesen alternativen Verlauf spricht, sind diese Beweismittel – solange sie objektiv tauglich sind – in jedem Fall abzunehmen. In der Regel kann das Gericht auch nicht argumentieren, dass der Anscheinsbeweis selbst dann nicht erschüttert wäre, wenn das Indiz bewiesen ist.[980] Diesfalls wäre ein anderer Kausalverlauf in der Regel ebenfalls möglich und die anfängliche Überzeugung würde in genügendem Ausmass erschüttert (vgl. vorne S. 104 ff., 123 f.).[981]

Zweifelhaft ist hingegen, ob die Tauglichkeit auch dann gegeben ist, wenn Gegenbeweismittel offeriert werden, ohne dass gleichzeitig ein abweichender Sachverhalt geschildert wird (z.B. wenn die beklagte Partei bestreitet, dass die Geschwindigkeitsüberschreitung zum Unfall geführt hat und dafür ein Gutachten offeriert).[982] Wie vorne ausgeführt, kann der Anscheinsbeweis im Prinzip nur mit einem indirekten Gegenbeweis erschüttert werden. Mit dem direkten Gegenbeweis greift die Anscheinsbeweisgegnerin den «typischen Geschehensablauf» und die Gültigkeit der Schlussfolgerung unmittelbar an.

Das Gericht muss in einem solchen Fall entscheiden, ob es auf das Fachwissen einer sachverständigen Person zurückgreifen muss.[983] Verfügt das Gericht über die notwendigen (Fach-)Kenntnisse, kann es auf das Gutachten verzichten und den seines Erachtens einschlägigen Erfahrungssatz anwenden.[984] Bei einer «Alltagsfrage» scheint es praktisch ausgeschlossen, dass

979 Statt vieler: AEPLI, Fachhandbuch Zivilprozessrecht, N 20.5; kritisch zu dieser Einteilung: GUYAN, BSK ZPO, Art. 152 N 6; OBERHAMMER, Antizipierte Beweiswürdigung, S. 522.

980 Eine solche Argumentation, welche der Tatsache die Rechtserheblichkeit abspricht, wird manchmal als unechte antizipierte Beweiswürdigung bezeichnet, vgl. Urteil 2C_733/2012 vom 24. Januar 2013, E. 3.2.3; kritisch KUNTSCHEN, N 236 f.

981 Wenn das Indiz vorliegt, ist die Wahrscheinlichkeit eines alternativen Kausalverlaufs nämlich so gross, dass der Anscheinsbeweis nicht mehr überwiegend wahrscheinlich ist.

982 Diesbezüglich nicht klar: BGE 63 II 95 E. 2 S. 101.

983 OBERHAMMER, Tatsächlich Recht haben, S. 420 f. In familienrechtlichen Verfahren stellt sich oft die Frage, ob psychologische Gutachten einzuholen sind. Den erstinstanzlichen Gerichten wird bei diesen Entscheiden grosses Ermessen eingeräumt, vgl. Urteil VD.2018.44 des Appellationsgerichtes BS vom 22. März 2019, E. 1.7.2.

984 GROLIMUND, Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 23; Urteil 4A_249/2007 des BGers vom 16. November 2007, E. 2.1; Urteil 4P.191/2006 des BGers vom 17. Januar 2007, E. 3.3. Umstritten ist, ob dieses Vorgehen als antizipierte Beweiswürdigung zu bezeichnen ist, siehe dazu KUNTSCHEN, N 305.

eine Expertin zu besseren Erkenntnissen kommt. Ein Verzicht ist dann ohne Weiteres möglich. Geht es beispielsweise um die Kausalität eines Sturzes (bei Glatteis oder einer schlechten Beleuchtung auf der Treppe), kann das Gericht auf die Einholung eines Gutachtens verzichten, weil die sachverständige Person nicht in der Lage ist, dem Gericht exaktere Erfahrungssätze mitzuteilen respektive die Kausalitätsfrage zu beantworten.[985] Bei einem technischeren Sachverhalt ist der Verzicht auf ein Gutachten nur dann möglich, wenn das Gericht selbst über die notwendigen Fachkenntnisse verfügt,[986] was in der Regel nicht der Fall ist.[987]

### 3.2 Gewährung des rechtlichen Gehörs für Anscheinsbeweisgegnerin

Weiter stellt sich die Frage, ob ein Gericht den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme geben muss, bevor es auf einen Anscheinsbeweis abstellt. Im Allgemeinen muss das Gericht die Parteien nicht darüber informieren, wie es den Sachverhalt würdigt. Es ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht verpflichtet, die Parteien vor einer *«überraschenden Beweiswürdigung»* zu warnen.[988] Ebenso ist es nach Ansicht des Bundesgerichts nicht notwendig, die Parteien vorgängig anzuhören, wenn das Gericht auf eine offenkundige Tatsache abstellen will.[989] Zu Erfahrungssätzen hat sich das Bundesgericht bis anhin nicht ausdrücklich geäussert.[990] Klar scheint einzig, dass die Parteien dann vorgängig angehört werden müssen, wenn sich der Erfahrungssatz aus Fachwissen ergibt (vgl. Art. 183 Abs. 3 ZPO). Im Übrigen sind in der Lehre die Ansichten geteilt. Kommt das Gericht zum Schluss, dass es voraussichtlich auf einen allgemein anerkannten (d.h. bekannten) Erfahrungssatz abstellen wird, muss es nach einem Teil der Lehre den Parteien vorab

985 Allenfalls könnte in einer solchen Situation ein Augenschein notwendig sein.

986 DOLGE, BSK ZPO, Art. 168 N 3.

987 In 4A_262/2016 sah sich das Bundesgericht in der Lage, über die Kausalität der Geschwindigkeitsüberschreitung für den Selbstunfall zu befinden. Das Bundesgericht hat aber keine eigentliche antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen, weil das Bundesgericht nicht zulasten, sondern zugunsten der beweisbelasteten Partei entschieden hat, siehe KUNTSCHEN, N 553; HAFTER, N 2303.

988 Urteil 4A_367/2014 des BGers vom 13. Januar 2015, E. 2.2. Das Bundesgericht weist oft bei der Anfechtung von Schiedssprüchen darauf hin, dass bei Tatsachen keine solche Pflicht besteht, siehe z.B. Urteil 4A_424/2018 des BGers vom 29. Januar 2019, E. 5.2.3 m.w.H.; Urteil 4A_305/2013 des BGers vom 2. Oktober 2013, E. 4; Urteil 4A_214/2013 des BGers vom 5. August 2013, E. 4.1 und 4.3.1; Urteil 4A_538/2012 des BGers vom 17. Januar 2013, E. 5.1.

989 Urteil 5A_423/2013 des BGers vom 17. September 2013, E. 3.2.2; Urteil 5A_559/2008 des BGers vom 21. November 2008, E. 5 (nicht publiziert in BGE 135 III 88).

990 Vgl. BGE 123 III 241 E. 3b.

Gelegenheit zur Stellungnahme geben.[991] Anderer Ansicht nach ist dies nur notwendig, wenn es sich um einen Erfahrungssatz handelt, der sich nicht aus der allgemeinen Lebenserfahrung ergibt.[992] Letztere Ansicht stimmt mit der Praxis in Deutschland überein. Danach muss den Parteien das rechtliche Gehör nicht gewährt werden, wenn das Gericht auf die allgemeine Lebenserfahrung abstellt.[993] Ein Hinweis an die Anscheinsbeweisgegnerin ist nur bei «neuen» Erfahrungssätzen notwendig, damit diese die Möglichkeit erhält, den Erfahrungssatz zu entkräften oder die Schlussfolgerung zu erschüttern.[994]

Die von einem Teil der Lehre geforderte «umfassende» Anhörung der Parteien ist zu ausufernd. Wie bereits mehrfach dargelegt, wird sowohl bei der Rechtsanwendung wie auch bei der Beweiswürdigung auf verschiedenste (allgemein bekannte) Erfahrungssätze zurückgegriffen. Würdigt ein Gericht beispielsweise eine Zeugenaussage, stellt es auf zahlreiche Erfahrungssätze ab, um die Glaubwürdigkeit abzuschätzen.[995] Es ist nicht praktikabel, all diese Gesichtspunkte den Parteien vorgängig mitzuteilen.[996] Entgegen der bundesgerichtlichen Praxis gibt es allerdings gute Gründe, weshalb die Parteien immer angehört werden sollen, wenn das Gericht – wie beim Anscheinsbeweis – von *einem* Indiz mit einem Erfahrungssatz auf die zu beweisende Tatsache schliesst. Wie vorne auf S. 174 ff. festgestellt wurde, muss der typische Geschehensablauf von der geschädigten Partei nicht behauptet werden. Wenn eine Tatsache nicht behauptet werden muss, kann von der Gegenpartei nicht erwartet werden, dass sie deren Anwendung antizipiert und bestreitet.[997] Der Anscheinsbeweis ist eine in der Schweizer Literatur eher selten beschriebene Art, den Kausalitätsbeweis zu führen. Die Beweisführungslast verschiebt sich damit auf eher ungewöhnliche Weise auf die Anscheinsbeweisgegnerin. Die Anhörung der Gegenpartei stellt in dieser

991 NONN, S. 21; LEU, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 151 N 28; CHABLOZ/COPT, Petit Commentaire CPC, Art. 151 N 19; ebenso Urteil ZK1 17 106 des KGers GR vom 16. Juli 2018, E. 4.1.2 mit Verweis auf HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar ZPO, Art. 151 ZPO N 3c.

992 BERGER-STEINER, Dissertation, N 02.27. Nach dem vorliegenden Verständnis muss ein solcher Erfahrungssatz ohnehin bewiesen werden. Die Parteien können sich folglich in den Schlussvorträgen dazu äussern.

993 BGH NJW 1991, 2824, 2825.

994 FOERSTE, Erfahrungssätze, S. 269.

995 Z.B. das eigene Interesse des Zeugen am Prozessausgang, die Nähe zu den Prozessparteien, wie lange das zu bezeugende Geschehen zurückliegt, wie detailliert die Aussage ist.

996 Zumindest können sich die Parteien in ihren Schlussvorträgen zum Beweisergebnis äussern, siehe Art. 232 ZPO.

997 Vgl. die ähnliche Überlegung des Bundesgerichts zu sog. Dupliknoven: BGE 146 III 55 E. 2.5.2 S. 61 f.

besonderen Situation ein Gebot der *Verfahrensfairness* dar. Wird ein formelles Beweisverfahren durchgeführt, muss den Parteien ebenfalls die Möglichkeit gegeben werden, sich zum Beweisergebnis zu äussern (Art. 232 Abs. 1 ZPO). Bei einem Anscheinsbeweis besteht dieser Anspruch realistischerweise nur dann, wenn die Parteien vorgängig über einen möglichen Anscheinsbeweis aufgeklärt werden. Die vorgängige Anhörung der Gegenpartei beugt zudem Fehlüberlegungen vor, die beim Anscheinsbeweis drohen.[998] Der Anscheinsbeweisgegnerin wird ermöglicht, auf mögliche Fehlerquellen hinzuweisen (z.B. den *base rate neglect* bei der Irgendwie-Verursachung). Überzeugen diese Argumente nicht und kann die Gegenpartei den Anscheinsbeweis auch nicht mit Indizien erschüttern, die auf einen anderen Kausalverlauf hinweisen,[999] wird die Überzeugung des Gerichts gestärkt (vgl. vorne S. 104 ff.). Die Anhörung der Anscheinsbeweisgegnerin erhöht demnach die *Qualität der Sachverhaltswürdigung.*

Die Parteien können auf verschiedene Weise informiert werden. Denkbar wäre es, den typischen Geschehensablauf als eine Art Beweismittel in die Beweisverfügung aufzunehmen.[1000] Es genügt aber auch, wenn das Gericht in einer gewöhnlichen prozessleitenden Verfügung oder anlässlich einer Instruktions- oder Hauptverhandlung die Parteien in Kenntnis setzt, dass es erwägt, auf den typischen Geschehensablauf abzustellen.

### 3.3 Erhöhte Begründungspflicht

Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet, dass die Gerichte die Parteivorbringen zur Kenntnis nehmen, prüfen und im Entscheid berücksichtigen.[1001] Um sicherzustellen, dass das Gericht diesen Verpflichtungen nachgekommen ist, muss es seinen Entscheid begründen. Die Begründungspflicht betrifft nicht nur die rechtliche Argumentation, sondern auch die Beweiswürdigung.[1002] Das Gericht muss sich in der Begründung mit den wesentlichen

998 FOERSTE, Erfahrungssätze, S. 273.

999 Das Vorbringen solcher Indizien muss zumindest unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO noch möglich sein. In der Rechtsprechung ist bislang nicht geklärt, ob die Ausübung der richterlichen Fragepflicht den Aktenschluss auch noch weiter verschieben kann.

1000 CHABLOZ/COPT, Petit Commentaire CPC, Art. 157 N 19 mit Verweis auf VETTER/PEYER, S. 769, die sich allgemein zu bekannten Tatsachen i.S.v. Art. 151 ZPO äussern; zu einem Musterbeispiel der Beweisverfügung: SUMMERMATTER, S. 644 f. Zu beachten ist, dass es nach hier vertretener Ansicht keine Möglichkeit gibt, bei Scheitern des Anscheinsbeweises diesen noch auf andere Weise zu erbringen, siehe dazu vorne S. 89.

1001 BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 E. 4.1; a.A. KNEUBÜHLER, S. 133 ff., der von einem selbständigen Anspruch auf Begründung ausgeht.

1002 Vgl. BERNHARD, S. 111.

Standpunkten und Argumenten der Parteien auseinandersetzen.[1003] Es hat seine Überlegungen zu nennen, von denen es sich hat leiten lassen.[1004] Die Begründungspflicht hat einen doppelten Zweck. Einerseits muss eine Partei der Begründung entnehmen können, weshalb sie obsiegt hat oder unterlegen ist. Die Begründung ermöglicht es den Parteien, den Entscheid anzufechten.[1005] Anderseits liefert die Begründung die Grundlage dafür, dass die Urteilsfindung von der Rechtsmittelinstanz überprüft werden kann.[1006]

Da mit dem Anscheinsbeweis gewisse Gefahren[1007] verbunden sind, kommt der Begründungspflicht eine wichtige Bedeutung zu.[1008] Es genügt nicht, wenn das Gericht lediglich auf die Erfahrung oder den gesunden Menschenverstand verweist. Das Gericht muss offenlegen, auf welche Erfahrungssätze es abgestellt hat und was für eine Aussage diese treffen. Beim Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors muss es darlegen, weshalb sich das Risiko gegenüber dem Soll-Standard aus seiner Sicht derart stark erhöht hat, dass auf die Kausalität geschlossen werden kann. Bei der Irgendwie-Verursachung ist zu begründen, weshalb es bei Einhalten des Soll-Standards nicht zu derartigen Schadensereignissen kommt und welche konkreten (vom Soll-Standard abweichenden) Faktoren das Gericht als realistische Ursachen betrachtet. Diese Angaben ermöglichen es der Anscheinsbeweisgegnerin, den Schlussvorgang vor der Rechtsmittelinstanz in Zweifel zu ziehen und aufzuzeigen, dass auch noch andere Ursachen für das Schadensereignis in Frage kommen, die ihr nicht anzulasten sind. Hohe Anforderungen an die Begründung sind zudem dann zu stellen, wenn das Gericht auf die Abnahme von direkten Gegenbeweismitteln verzichtet. Diese zielen wie dargelegt darauf ab, den Erfahrungssatz anzugreifen. Das Gericht muss darlegen, weshalb es über die notwendigen (Fach-)Kenntnisse verfügt, um den Erfahrungssatz und den Sachverhalt zu beurteilen. Eine detaillierte Begründung sorgt für eine gewisse «Selbstkontrolle», weil das Gericht nochmals genau überlegen muss, ob die von ihm angeführten Erfahrungssätze die Schlussfolgerung tatsächlich rechtfertigen. Die Rechtsmittelinstanz kann die Rationalität des Schlusses überdies besser nachprüfen.[1009]

1003 BGE 143 III 65 E. 5.2 S. 70.

1004 SOGO/NAEGELI, KuKo ZPO, Art. 239 N 6.

1005 BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 445.

1006 MEYER, SHK ZPO, Art. 239 N 9.

1007 Siehe vorne S. 108 ff.

1008 Vgl. BEX, S. 20: *«One of the main dangers [...] is that generalizations [...] are often left implicit in the reasoning process»*; BERNHARD, S. 111 stellt allgemein erhöhte Anforderungen an die Begründung der Beweiswürdigung.

1009 Vgl. zu diesen Funktionen im Allgemeinen: MEYER, S. 1417 f.; KNEUBÜHLER, S. 95 ff.; MOSIMANN, S. 20.

### 4. Zwischenfazit

Beim Anscheinsbeweis sind die Anforderungen an die substantiierte Behauptung des Kausalverlaufs herabgesetzt, weil die geschädigte Partei nur über wenige Informationen verfügt. Bei der Irgendwie-Verursachung muss sie nicht darlegen, inwiefern die haftpflichtige Partei vom Soll-Standard abgewichen ist. Der typische Geschehensablauf muss weder behauptet noch bestritten werden. Bei der Bestreitungslast der haftpflichtigen Partei ergeben sich keine Besonderheiten.

Das Gericht kann der Gefahr von Fehlurteilen mit drei Massnahmen vorbeugen. Erstens ist auf die Abnahme von Gegenbeweismitteln nur in Ausnahmefällen zu verzichten. Über Indizien, die auf einen alternativen Kausalverlauf hindeuten, müssen immer Beweise abgenommen werden. Zweitens ist die haftpflichtige Partei vor Urteilsfällung darauf hinzuweisen, dass das Gericht in Erwägung zieht, auf einen Anscheinsbeweis abzustellen. Der Anscheinsbeweisgegnerin muss Gelegenheit gegeben werden, sich zum typischen Geschehensablauf zu äussern. Drittens hat das Gericht sorgfältig zu begründen, auf welche Erfahrungssätze es abstellt und weshalb vom allgemeinen Zusammenhang auf den konkreten Fall geschlossen werden kann.

## III. Rechtsmittelverfahren: Freie Überprüfung des Anscheinsbeweises

Im Rechtsmittelverfahren nach ZPO und BGG existieren zwei Rügegründe. Eine Partei kann entweder eine falsche Rechtsanwendung oder eine falsche Sachverhaltsfeststellung rügen.[1010] Will eine Partei geltend machen, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf den Anscheinsbeweis abgestellt respektive es fälschlicherweise unterlassen hat, den Anscheinsbeweis anzuwenden, muss sie eine falsche Sachverhaltsfeststellung rügen. Schliesslich handelt es sich um einen Beweiswürdigungsvorgang. Keine Probleme bereitet das Berufungsverfahren nach Art. 308 ff. ZPO. Das Berufungsgericht überprüft die Sachverhaltsfeststellung des erstinstanzlichen Gerichts frei. Folglich überprüft es die mit dem Anscheinsbeweis vorgenommene Beweiswürdigung ohne Einschränkung. Komplizierter ist die Situation bei der Beschwerde

1010 Vgl. Art. 95 und 97 BGG sowie Art. 310 und 320 ZPO. Im öffentlichen Verfahrensrecht kann zudem unter Umständen die «Unangemessenheit» des vorinstanzlichen Entscheids gerügt werden, siehe Art. 49 lit. c VwVG.

nach Art. 319 ZPO sowie bei der Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht.[1011] Mit diesen Beschwerden kann nur die *offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung* gerügt werden (Art. 320 lit. b ZPO, Art. 97 Abs. 1 BGG). Der Begriff «offensichtlich unrichtig» wird bei beiden Bestimmungen gleich ausgelegt.[1012] Das Bundesgericht versteht darunter eine willkürliche Sachverhaltserstellung.[1013]

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage, wie der Anscheinsbeweis überprüft wird, ist nicht einheitlich. Einerseits führt das Bundesgericht aus, dass der Anscheinsbeweis reine Beweiswürdigung sei und deshalb vor Bundesgericht nur mit Willkürkognition geprüft wird.[1014] In diesem Entscheid hatte die Vorinstanz nicht auf den Anscheinsbeweis abgestellt. Anderseits hat das Bundesgericht in der gleichen Situation in 4A_262/2016 (Kausalität der Geschwindigkeitsüberschreitung) den Sachverhalt ohne Einschränkung gewürdigt und klargestellt, dass auf die natürliche Kausalität geschlossen werden kann, wenn die Geschwindigkeitsüberschreitung erstellt ist. Das Bundesgericht hat nicht begründet, weshalb es den Sachverhalt in dieser Situation frei geprüft hat.

Die Rechtslage wird auch nicht klarer, wenn man untersucht, wie das Bundesgericht Kausalitätsfeststellungen und Erfahrungssätze im Allgemeinen überprüft. Die natürliche Kausalität ist eine Tatfrage. Das Bundesgericht prüft (zumindest bei Unterlassungen) den hypothetischen Kausalverlauf hingegen frei, wenn die Vorinstanz diesen lediglich anhand der allgemeinen Lebenserfahrung festgestellt hat und nicht mithilfe von konkreten Indizien und Beweismitteln.[1015] Bei den Erfahrungssätzen prüft das Bundesgericht im Allgemeinen lediglich gewisse «qualifizierte» Erfah-

1011 Bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden. Mit Blick auf den Sachverhalt muss geltend gemacht werden, dass dieser willkürlich festgestellt wurde. Im praktischen Ergebnis gibt es bei Sachverhaltsrügen im Allgemeinen keinen Unterschied zur Beschwerde in Zivilsachen, vgl. BIAGGINI, BSK BGG, Art. 118 N 2.

1012 STERCHI, Berner Kommentar ZPO, Art. 320 N 4; BLICKENSTORFER, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 320 N 8.

1013 Statt vieler: BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266.

1014 Urteil 4A_546/2017 des BGers vom 26. Juni 2018, E. 3.3; im Ergebnis gleich Urteil 4A_189/2018 des BGers vom 6. August 2018, E. 3.1 ff. Ebenso hat es das Bundesgericht unter dem aOG abgelehnt, den Schluss von der Infektion auf den Sterilitätsfehler zu überprüfen, weil dieser nicht auf der allgemeinen Lebenserfahrung beruhen würde, vgl. BGE 120 II 248 E. 2c S. 251.

1015 Urteil 4A_65/2019 des BGers vom 18. Februar 2020, E. 4.3; Urteil 4A_87/2019 des BGers vom 2. September 2019, E. 4.1.3; Urteil 4A_236/2015 vom 15. September 2015, E. 3.3; BGE 132 III 715 E. 2.3 S. 719.

rungssätze frei. Damit einem Erfahrungssatz eine frei überprüfbare «Regelfunktion» zukommt, ist erforderlich, dass das *«in ihm enthaltene hypothetische Urteil [...] allgemeine Geltung für die Zukunft beansprucht, wenn der Erfahrungssatz einen solchen Abstraktionsgrad erreicht hat, dass er normativen Charakter trägt»*.[1016] Diesen Erfahrungssätzen wird damit eine Sonderstellung zwischen Tatsache und Rechtssatz eingeräumt.[1017] Wie vorne dargelegt, macht es keinen Sinn, zwischen einfachen und qualifizierten Erfahrungssätzen zu unterscheiden, weil sie alle über den konkreten Fall hinaus Geltung haben (S. 150 ff.).[1018] Ebenso sind Erfahrungssätze keine Rechtssätze. Sie haben keinen normativen Gehalt. Die vom Bundesgericht vorgenommene Kategorisierung hat offensichtlich den Zweck, zumindest gewisse Erfahrungssätze vor letzter Instanz mit voller Kognition zu überprüfen.[1019] Erfahrungssätzen einen *«gemischten Charakter»* zuzuschreiben, ist also eher ein ergebnisorientierter Kunstgriff. Unbestrittenermassen bestehen gute Gründe, gewisse Erfahrungssätze frei zu überprüfen.[1020] Problematisch ist dabei, dass das Abgrenzungskriterium der «Verallgemeinerbarkeit» untauglich ist, um zwischen überprüfbaren und nicht überprüfbaren Erfahrungssätzen zu unterscheiden. Das gilt für die Überprüfbarkeit vor Bundesgericht gleichermassen wie für die Frage der Beweisbedürftigkeit.

Ein anderer Vorschlag geht deshalb dahin, dass der Schluss auf die zu beweisende Tatsache vom Bundesgericht dann frei überprüft wird, wenn

1016 Urteil 4A_258/2012 des BGers vom 8. April 2013, E. 3.2; Urteil 5A_311/2010 des BGers vom 3. Februar 2011, E. 1.3 (nicht publiziert in BGE 137 III 118); BGE 117 II 256 E. 2b S. 258; in einer ähnlichen Formulierung geht das Bundesgericht davon aus, dass sie «die Funktion von Normen übernehmen», siehe BGE 143 III 297 E. 6.7.1 S. 313; BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; BGE 136 III 486 E. 5 S. 489: *«Seules les déductions exclusivement fondées sur l'expérience générale de la vie se rattachent à l'application du droit.»* BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Art. 151 N 15 geht davon aus, dass das Bundesgericht das Kriterium des *«Abstraktionsgrades»* aufgegeben hat.

1017 Vgl. BGE 117 II 256 E. 2b S. 258 f.; BGE 111 II 72 E. 3a S. 74, wonach Erfahrungssätze unter Umständen Normfunktion haben können, wenn sich diese auf die allgemeine Lebenserfahrung abstützen. Ebenso von einer *«Zwitterstellung»* ausgehend: SUMMERMATTER, S. 387.

1018 SCHWEIZER, Schätzung, S. 185, dieser schlägt vor, dass Erfahrungssätze im Allgemeinen dann frei überprüft werden sollen, wenn sie allgemein bekannt sind und eine gesteigerte Beweiskraft haben, siehe DERSELBE, Schätzung, S. 186.

1019 Ähnlich Lienhard, Materielle Prozessleitung, N 379.

1020 BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Art. 151 N 15. Wie vorne auf S. 48 ff. dargelegt, werden Erfahrungssätze gebraucht, um den Soll-Standard festzusetzen. Falsche Vorstellungen über die Erfahrungssätze (z.B. die Vorhersehbarkeit eines Schadensereignisses) sind demnach auch geeignet, zu einer falschen Rechtsanwendung zu führen. Aus diesem Grund scheint es angezeigt, auch solche Erfahrungssätze frei zu überprüfen.

sich die Vorinstanz nur auf Erfahrungssätze verlässt.[1021] Erfolgt die Schlussfolgerung hingegen aus mehreren Indizien, handelt es sich um eine Sachverhaltsfeststellung, die vom Bundesgericht nur auf ihre offensichtliche Unrichtigkeit überprüft wird.[1022] Folgt man dieser Ansicht, sind der Anscheinsbeweis – wie auch andere natürliche Vermutungen – vom Bundesgericht frei überprüfbar.[1023] Das Bundesgericht muss demnach prüfen, ob im konkreten Fall ein Anscheinsbeweis anwendbar wäre, wenn die Vorinstanz einen solchen verneint hat. Ebenso muss das Bundesgericht frei prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht auf einen Anscheinsbeweis abgestellt hat.

Streng genommen ist auch dieser Ansatz nur schwer mit der gesetzlichen Regelung vereinbar. Es kommt nicht zwingend zu einer offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung, wenn die Vorinstanz – nach Ansicht des Bundesgerichts – zu Unrecht auf einen Anscheinsbeweis abstellt oder zu Unrecht darauf verzichtet. Ebenso lässt sich nicht erklären, inwiefern es sich um eine frei überprüfbare «Rechtsverletzung» handeln soll, wenn eine Tatsache nur mit einem Erfahrungssatz bewiesen wird. Für die freie Überprüfung sprechen allerdings gute Gründe. Einerseits gibt es beim Anscheinsbeweis verschiedene mögliche Fehler, denen ein Gericht bei der Beweiswürdigung mit einem Anscheinsbeweis unterliegen kann (vgl. vorne S. 108 ff.). Eine zusätzliche Kontrollinstanz kann vor Fehlschlüssen schützen. Anderseits kann der Anscheinsbeweis gewissermassen Präjudizwirkung entfalten.[1024] Der Anscheinsbeweis stellt eine Beweiserleichterung dar. Die in den Entscheiden gezogenen Schlüsse werden von den Gerichten und den Parteien in zukünftigen vergleichbaren Fällen zur Argumentation beigezogen. Darin liegt auch der Grund, weshalb der Anscheinsbeweis in Deutschland – trotz ähnlicher Rechtslage – letztinstanzlich überprüft wird. Obwohl

---

1021 BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Art. 151 N 15; so auch BGE 140 I 285 E. 6.2.1 S. 296 f.: *«Lorsque le juge procède à une déduction exclusivement à l'aide d'une règle générale d'expérience, – sans la tirer d'indices concrets ni l'obtenir par l'appréciation des preuves administrées, questions relevant dans ce cas du domaine du fait -, il rend un jugement de probabilité fondé sur des expériences faites dans d'autres cas et pouvant, pour cette raison, prétendre s'appliquer de manière générale dans le futur aux cas semblables; dans ces situations, les règles d'expérience, à savoir l'expérience générale de la vie et les autres critères d'expérience tirés des domaines du savoir, des sciences ou des techniques, atteignent un tel degré de généralité et d'abstraction qu'elles assument la même fonction normative que les normes juridiques, de sorte à relever du domaine du droit.»*

1022 HOHL, Procédure civile, N 1658 ff.

1023 Vgl. Urteil 4A_65/2019 des BGers vom 18. Februar 2020, E. 4.3, wonach Erfahrungssätze, die von einem Experten stammen, nicht frei überprüft werden.

1024 Ähnlich BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Art. 151 N 15; siehe zum deutschen Recht: HESSLER, Zöller ZPO, § 546 N 1.

das vorinstanzliche Urteil mit der Revision eigentlich nur auf Rechtsfehler überprüft werden kann,[1025] überprüft der BGH frei, ob ein Anscheinsbeweis anwendbar ist.[1026]

## IV. Internationale Fälle: Massgeblichkeit der lex causae

Bei internationalen Zivilprozessen ist zu entscheiden, nach welchem Recht sich das «Beweisrecht» richtet. Es geht um Fälle, bei denen das materielle Recht und das Prozessrecht auseinanderfallen, d.h., in der Sache ausländisches Recht angewandt wird.[1027] Grundsätzlich regelt das Recht am Ort des Gerichts (sog. *lex fori*) den Gang des Prozesses,[1028] während das in der Sache anwendbare Recht (sog. *lex causae*) die materiell-rechtlichen Fragen entscheidet.[1029] Die verschiedenen beweisrechtlichen Sachfragen müssen deshalb dem formellen oder dem materiellen Recht zugeordnet werden. Dieser Entscheid richtet sich nach der lex fori,[1030] wobei auf funktionale Kriterien abzustellen ist, die sich an einer «weltoffenen Rechtsvergleichung» orientieren.[1031]

Bei vielen beweisrechtlichen Instituten ist unbestritten, welchem Recht sie zuzuordnen sind. Der Beweisgegenstand, d.h., welche Tatsachen rechtserheblich sind, wird vom anwendbaren materiellen Recht festgelegt.[1032] Die

1025 Siehe dazu § 545 D-ZPO; vgl. AHRENS, Kp. 16 N 19.

1026 BGH NJW 1987, 2876; BGH NJW 1984, 432. Nicht ganz klar ist die Kognition des OGH in Österreich. Der OGH prüft frei, *«ob und inwiefern der Anscheinsbeweis zulässig ist»*, d.h., ob ein Tatbestand mit typischem Geschehensablauf vorliegt. Statt vieler: OGH 2 Ob 36/89; OGH 2 Ob 78/20i; Rechtssatz: RS0022625. Hingegen will der OGH nicht entscheiden, ob der Anscheinsbeweis im konkreten Fall erbracht oder erschüttert worden ist, weil es sich um eine nicht überprüfbare Sachverhaltsfrage handelt, siehe statt vieler: OGH 9 ObA 290/90.

1027 Vor Inkrafttreten der ZPO hatte die Unterscheidung zwischen materiellem Bundesrecht und kantonalem Prozessrecht grosse Bedeutung, weil nur die Verletzung von Bundesrecht vor Bundesgericht gerügt werden konnte.

1028 Urteil NE160010 des Obergerichts ZH vom 7. Juli 2017, E. 6.1 und 6.5; GROLIMUND, Internationales Beweisrecht, S. 168.

1029 Dabei handelt es sich um eine «Faustregel», siehe THOLE, Kollisionsrecht, S. 285 f.

1030 KOFMEL EHRENZELLER, S. 827; WALTER/DOMEJ, S. 350; GULDENER, Internationales Zivilprozessrecht, S. 8 Die gesetzliche Regelung in Art. 13 IPRG steht dazu in einem gewissen Widerspruch. Nach dieser Bestimmung umfasst die Verweisung auf das ausländische Recht alle Bestimmungen, die nach diesem Recht auf den Sachverhalt anwendbar sind.

1031 FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, N 445; WALTER/DOMEJ, S. 351.

1032 SCHACK, Internationales Zivilverfahrensrecht, N 737; WALTER/DOMEJ, S. 348.

objektive Beweislast richtet sich ebenfalls nach der lex causae.[1033] Dasselbe gilt für gesetzliche Vermutungen.[1034] Die subjektive Beweisführungslast wird teilweise von der Zivilprozessordnung der lex fori (z.B. ob der Verhandlungs- oder der Untersuchungsgrundsatz gilt), teilweise vom materiellen Recht geregelt (z.B. wer in einem Prozess, in welchem die Verhandlungsmaxime gilt, den Beweis erbringen muss).[1035] Die Beweismittelabnahme und die (freie) Beweiswürdigung richten sich nach der lex fori.[1036]

Schwierig ist es hingegen, das Beweismass zu verorten.[1037] Die h.L. in der Schweiz geht davon aus, dass sich das Beweismass nach der lex fori richtet.[1038] Begründet wird diese Ansicht fast ausschliesslich mit Praktikabilitätsüberlegungen.[1039] Allerdings ist es für ein Gericht immer einfacher, das einheimische Recht anzuwenden. Wieso es besonders schwierig sein soll, ein «fremdes» Beweismass anzuwenden, ist nicht klar.[1040] Im Vergleich zur allgemeinen Rechtslage ist es wohl sogar einfacher, das anwendbare Beweismass zu eruieren.[1041] Die «Umstellung» kann für die Gerichte nicht so schwierig sein, weil auch das schweizerische Recht verschiedene Beweismasse kennt.[1042] Im Vergleich zu diesen praktischen Überlegungen ist das gewichtigste Argument für die lex causae grundsätzlicher Natur. Danach können falsche Anforderungen an das Beweismass das materielle Recht derogieren,

---

1033 Urteil 5A_723/2017 des BGers vom 17. Dezember 2018, E. 5.1; Urteil HG160067 des HGers ZH vom 9. Januar 2019, E. 5.1 S. 36 m.w.H.; LIENHARD, Beweislast, S. 392; MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, BSK IPRG, Art. 13 N 6; GULDENER, Internationales Zivilprozessrecht, S. 9; PAULUS, S. 748.

1034 MÄCHLER-ERNE/WOLF-METTIER, BSK IPRG, Art. 13 N 6; BÜCKEN, S. 246.

1035 Vgl. GOTTWALD/NAGEL, N 10.82; a.A. GROLIMUND, Internationales Beweisrecht, S. 169, der die Beweisführungslast wie die objektive Beweislast der *lex causae* unterstellt.

1036 Urteil 5A_725/2010 des BGers vom 12. Mai 2011, E. 3.1; Urteil 5P.479/2002 des BGers vom 14. April 2003, E. 4.1; anders BGE 102 II 270 E. 3 S. 279, der jedoch als Versehen qualifiziert wird, vgl. NIGG, Beweisrecht, S. 144.

1037 Das Bundesgericht lässt die Frage offen, vgl. Urteil 5P.479/2002 des BGers vom 14. April 2003, E. 4.1. Ebenso umstritten ist die Frage im deutschen Recht. Für die Massgeblichkeit der *lex causae*: GEIMER, N 2334; COESTER-WALTJEN, N 365; BUCIEK, S. 278; für die Massgeblichkeit der *lex fori*: GOTTWALD/NAGEL, N 10.62; SCHACK, Beweisregeln, S. 730 f.

1038 Vgl. BAUMGARTNER, KuKo ZPO, Vor Art. 151–193 N 6; WALTER, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 676, der zumindest beim Regelbeweismass von der *lex fori* ausgeht.

1039 NIGG, Überblick, S. 42; SCHACK, Beweisregeln, S. 731; BÜCKEN, S. 193 ff.

1040 A.A. SCHACK, Beweisregeln, S. 731.

1041 Vgl. BGE 118 II 468 E. 4g S. 475 f., worin das Bundesgericht sogar Kriterien ermittelt hat, die zur Ermittlung des Vaterschaftsverhältnisses im italienischen Recht Anwendung fanden. Unterschiede könnten sich zwar beim Wahrscheinlichkeitsverständnis ergeben. Allerdings sind – zumindest in den kontinentaleuropäischen Ländern – die Beweismasskonzepte sehr ähnlich, vgl. vorne S. 127 ff.

1042 COESTER-WALTJEN, N 365; a.A. BÜCKEN, S. 194.

weil eine falsche Tatsachenermittlung auch zu einer falschen Subsumtion führt.[1043] Das Beweismass ist mit dem materiellen Recht somit eng verbunden und Ausdruck einer Wertung. Das Problem bei dieser Argumentation liegt darin, dass sich kaum abschätzen lässt, wie fest sich die verschiedenen Beweismasse in der Rechtspraxis überhaupt unterscheiden.[1044] Allerdings darf wohl davon ausgegangen werden, dass eine konkrete Beweismassherabsetzung für ein spezifisches Beweisproblem die Rechtsdurchsetzung nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis erleichtert. Als Beispiel kann die Schadensschätzung nach § 287 D-ZPO oder Art. 42 Abs. 2 OR genannt werden.[1045] Bei solchen Beweiserleichterungen zeigt sich exemplarisch, dass es angebracht ist, die materiell-rechtlichen Wertungen zu berücksichtigen und das Beweismass der lex causae zu unterstellen.[1046] Die lex causae bestimmt den Beweisgegenstand, weshalb dieses Recht besser weiss, bei welchen rechtserheblichen Tatsachen notorische Beweisschwierigkeiten auftreten, welche eine Beweismassherabsetzung rechtfertigen. Insgesamt scheint es somit überzeugend, das Beweismass der lex causae zu unterstellen.[1047]

Entsprechend den bisherigen Ausführungen wird in der deutschen Lehre für die Zuordnung des Anscheinsbeweises zur lex fori oder lex causae meist auf die beweisrechtliche Einordnung abgestellt.[1048] Entscheidend ist demzufolge, ob man der Beweislasttheorie (lex causae), der Beweismasstheorie (umstritten), der Beweiswürdigungstheorie (lex fori) oder materiell-rechtlichen Theorien (lex causae) folgt.[1049] Die Rechtsprechung in Deutschland unterstellt den Anscheinsbeweis deshalb überwiegend der lex fori.[1050] Gewisse Entscheide unterer Gerichte stellen jedoch auf die lex causae ab.[1051] Im Gegensatz dazu muss sich das französische Recht nicht mit solchen dogmatischen

1043 NIGG, Beweisrecht, S. 128 f.; DIESELBE, Überblick, S. 41; zu weiteren Argumenten siehe BÜCKEN, S. 188 f.

1044 So wird die Ansicht vertreten, dass in der Praxis der Unterschied zwischen dem kontinentaleuropäischen und dem angloamerikanischen Beweismass gar kein Unterschied besteht, vgl. BRINKMANN, Beweismass, S. 61 ff.; ähnlich BÜCKEN, S. 185 ff.

1045 Vgl. NIGG, Beweisrecht, S. 132 f., die aus diesem Grund auf die *lex fori* abstellen will, wenn das ausländische Recht keine spezielle Beweiserleichterung vorsieht.

1046 WALTER, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 676; ähnlich NIGG, Beweisrecht, S. 130 f., die zumindest dann auf die *lex causae* abstellen will, wenn das ausländische Recht die Beweisanforderungen reduziert. Ohne Begründung auf die *lex causae* abstellend: MEIER, Internationales Zivilprozessrecht, S. 61.

1047 Gl.M. BERGER-STEINER, Dissertation, N 04.18.

1048 BUCIEK, S. 145 ff.; GOTTWALD/NAGEL, N 10.63 f.

1049 LAUMEN, Prütting/Gehrlein, § 286 N 29; ebenso implizit WALTER, Berner Kommentar 2012, Art. 8 ZGB N 85; DERSELBE, Anscheinsbeweis, S. 452.

1050 BGH NJW 1985, 554; Landesgericht Saarbrücken NJW 2015, 2823.

1051 AG Geldern NJW 2011, 686.

Überlegungen auseinandersetzen. Natürliche Vermutungen sind nach der französischen Konzeption Ausdruck der freien richterlichen Beweiswürdigung. Unabhängig von der beweisrechtlichen Qualifikation werden sie der lex fori unterstellt.[1052]

Abweichend vom herrschenden deutschen und französischen Ansatz findet sich im schweizerischen Recht die Auffassung, dass die Zuteilung zur lex causae oder lex fori gar keine Rolle spielt, weil die Vorgänge der Beweiswürdigung nicht einer bestimmten Rechtsordnung zu entnehmen sind.[1053] Nach dieser Ansicht ist die Zuordnung bei solchen Vorgängen nur dann entscheidend, wenn es um Beweisregeln geht, welche die freie Beweiswürdigung einschränken.[1054] Wie vorne festgehalten, kennen die untersuchten verschiedenen Rechtsordnungen zwar im Grundsatz denselben «Überzeugungsmechanismus» wie beim Anscheinsbeweis. Allerdings werden beispielsweise im amerikanischen Recht teilweise zusätzliche Anforderungen gestellt, wann die res ipsa-Doktrin Anwendung findet (z.B. die exklusive Kontrolle). Ebenso kann in vielen Rechtsordnungen das Gericht nur dann auf eine natürliche Vermutung abstellen, wenn der Zeugenbeweis zugelassen ist.[1055] Man kann also feststellen, dass es je nach Rechtsordnung auch beim Anscheinsbeweis Beweiswürdigungsregeln gibt. Zumindest in diesen Fällen muss entschieden werden, ob sich der Anscheinsbeweis nach der lex fori oder nach der lex causae richtet.

Allerdings kann die dogmatische beweisrechtliche Einordnung für die Zuordnung zur lex fori oder lex causae nicht allein ausschlaggebend sein. Die Qualifikation im innerstaatlichen Recht entspricht nicht zwingend der kollisionsrechtlichen Beurteilung.[1056] Es erscheint sinnvoller, die verschiedenen Gesichtspunkte abzuwägen, die für die Anwendung der lex fori respektive lex causae sprechen. Anders ausgedrückt, ist zu prüfen, ob die Verflochtenheit mit dem materiellen Recht so stark ist, dass sie das Interesse an einer einheitlichen Verfahrensordnung überwiegt.[1057]

1052 FONGARO, N 401. Obschon die beweisrechtliche Einordnung gar nicht so klar ist, siehe S. 122 f.

1053 NIGG, Beweisrecht, S. 137; DIESELBE, Überblick, S. 43; ähnlich zum deutschen Recht: EISNER, S. 87.

1054 NIGG, Überblick, S. 43.

1055 BÜCKEN, S. 239 f.; Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt das Zeugnisverbot bei vertraglichen Streitigkeiten einem Formvorbehalt gleich, den es zu berücksichtigen gilt, vgl. BGE 102 II 270 E. 3 S. 279 f.

1056 BÜCKEN, S. 260 f.

1057 COESTER-WALTJEN, N 355; BÜCKEN, S. 243 ff.; ähnlich der Ansatz des Bundesgerichts in BGE 102 II 270 E. 3 S. 279 f.

Für die Anwendung der lex fori wird vorgebracht, dass es sich um einen Überzeugungsbildungsvorgang handelt, der mit der Beweiswürdigung zusammenhängt.[1058] Zudem sprechen vor allem «allgemeine» Interessen wie das Territorialitätsprinzip, der öffentlich-rechtliche Charakter des Prozessrechts sowie Effizienzgedanken für das *«Heimwärtsstreben»* der Gerichte.[1059] Wie beim Beweismass wird beim Anscheinsbeweis vor allem die Praktikabilität betont. Bei Anwendbarkeit der lex causae müssten sich die Gerichte ansonsten vertieft mit der ausländischen Gerichtspraxis auseinandersetzen.[1060] Wie oft auf den Anscheinsbeweis abgestellt werden muss, hängt unter anderem von der Ausgestaltung des Zivilprozesses ab (siehe S. 86 ff.). Existieren beispielsweise umfangreiche Auskunfts- und Offenlegungspflichten (z.B. in einem discovery-Verfahren), muss sich das Gericht oftmals nicht mit einem Anscheinsbeweis begnügen. Der Anscheinsbeweis ist also neben seiner Eigenschaft als Beweiswürdigungsvorgang durchaus mit dem lex fori-Prozessrecht verknüpft.

Unzweifelhaft hat der Anscheinsbeweis aber auch einen engen Bezug zum materiellen Recht.[1061] Deutlich zeigt sich dies bei der Irgendwie-Verursachung. Diese modifiziert den Beweisgegenstand. Wie oft die Gerichte in den verschiedenen Ländern auf den Anscheinsbeweis zurückgreifen, hängt von der Ausgestaltung des Ist-Soll-Tatbestandsmerkmals ab. Je mehr Einzelheiten im konkreten Fall bekannt sein müssen, desto schneller greifen die Gerichte auf den Anscheinsbeweis zurück (siehe S. 81 ff.). Zudem wird (zumindest aus kontinentaleuropäischer Perspektive) bei der Irgendwie-Verursachung vom Regelbeweismass abgewichen. Es werden tiefere Anforderungen an die gerichtliche Überzeugung gestellt.[1062] Aufgrund dieses Bezugs zum Beweismass erscheint es überzeugend, den Anscheinsbeweis demselben Recht, d.h. der lex causae, zu unterstellen.[1063] Beim Anscheinsbeweis für die Kausalität eines bestimmten Faktors ist die «Verflochtenheit» mit dem materiellen Recht zwar geringer. Allerdings wird auch damit – wie allgemein beim Kausalitätsbeweis – nicht eine Überzeugung nach dem Regelbeweis-

1058 BRINKMANN, lex fori-Prinzip, S. 484.

1059 THOLE, Kollisionsrecht, S. 286; BÜCKEN, S. 251.

1060 SCHACK, Internationales Zivilverfahrensrecht, N 746 f.

1061 Vgl. GEIMER, N 2291; ZWICKEL, S. 533 f.; COESTER-WALTJEN, N 338 ff., die bei tatsächlichen Vermutungen und beim Anscheinsbeweis von einer *«Verkürzung der Wahrheitsermittlung»* ausgeht.

1062 Im schweizerischen Recht ist die Beweismassherabsetzung beim Kausalitätsbeweis zwar ohnehin anerkannt. Bei der Irgendwie-Verursachung kommt der Anscheinsbeweis aber einer ausserordentlichen Beweismassherabsetzung gleich.

1063 PAULUS, S. 753 ff.

mass erzeugt. Diese Gesichtspunkte überwiegen die Praktikabilitätsüberlegungen, welche für die lex fori sprechen.[1064] Diese Praktikabilitätsbedenken dürfen nämlich – wie beim Beweismass – nicht überschätzt werden. Es ist nicht notwendig, die «Erfahrungssätze» in ausländischen Präjudizien zu suchen. Das Gericht kann sich damit begnügen, die «generellen» Voraussetzungen des Anscheinsbeweises zu ermitteln. Diese Aufgabe wird dadurch erleichtert, dass der «typische Geschehensablauf» zumindest in den untersuchten (und wohl auch in weiteren) Jurisdiktionen die gleiche Aussage trifft (siehe S. 97 ff.). Ob der Anscheinsbeweis im konkreten Fall gegeben ist, kann das Gericht frei entscheiden, weil es sich um einen Beweiswürdigungsvorgang handelt.[1065] Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass das Gericht gewisse Voraussetzungen des Anscheinsbeweises wiederum nicht anwendet, weil diese mit einer aus schweizerischer Sicht verpönten Beweismittelbeschränkung einhergehen.[1066] So könnte ein schweizerisches Gericht wohl auch dann auf eine «présomption judiciaire» abstellen, wenn der Zeugenbeweis nach französischem Recht ausgeschlossen ist.[1067]

1064 In der Zwischenzeit entspricht das der wohl überwiegenden Ansicht in Deutschland, vgl. BÜCKEN, S. 257 f. mit zahlreichen weiteren Hinweisen;

1065 Ähnlich DERSELBE, S. 261 f.

1066 Ob sich die Zulässigkeit eines Beweismittels nach der *lex fori* oder der *lex causae* bestimmt, muss *«nach der im Einzelfall in Betracht kommenden Norm entschieden werden»*, vgl. BGE 102 II 270 E. 3 S. 279 f.

1067 Vgl. WALTER/DOMEJ, S. 349, wonach Beweisverbote hinsichtlich einzelner Beweismittel grundsätzlich unbeachtlich sind. Eine Ausnahme gilt z.B. dann, wenn es sich eigentlich um eine materiell-rechtliche Formvorschrift handelt, siehe DIESELBEN, S. 353.

# 6. Kapitel: Ergebnis

Das Ziel der Arbeit bestand darin, Begriff und Bedeutung des Anscheinsbeweises im schweizerischen Zivilprozess zu klären. Untersucht wurde der Beweisgegenstand, die Überzeugungsbildung, die beweisrechtliche Einordnung und die prozessuale Handhabung des Anscheinsbeweises. Bei diesem Vorhaben stellten sich verschiedene grundsätzliche und komplexe Fragen. Beispielsweise mussten die Unterscheidung von Tat- und Rechtsfragen, der Beweiswürdigungsvorgang, die Kausalität und deren Beweis sowie das Beweismasskonzept analysiert werden. In Anbetracht der Komplexität dieser Themen erstaunt es nicht, dass der Anscheinsbeweis auch schon als *«Mysterium des Prozessrechts»*[1068] bezeichnet wurde. Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

*Begriff des Anscheinsbeweises:* Der Begriff wird in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich verwendet. Nach dem Begriffsverständnis der vorliegenden Arbeit wird beim Anscheinsbeweis – ausgehend von einem Indiz – mithilfe von Erfahrungssätzen auf einen Kausalverlauf geschlossen. Ein Erfahrungssatz ist eine generelle Aussage über den Zusammenhang von zwei Ereignissen. Beispielsweise kann aus einer Geschwindigkeitsüberschreitung (Geschwindigkeit von 69 statt 50 km/h) geschlossen werden, dass diese kausal war für den Selbstunfall. Es ist eine typische Folge überhöhter Geschwindigkeit, dass ein Lenker die Kontrolle über das Fahrzeug verliert. Die Gerichte greifen auf diese generelle Überlegung zurück, wenn über den zu beurteilenden Fall wenig Einzelheiten bekannt sind.

*Beweisgegenstand:* Beweisgegenstand des Anscheinsbeweises ist die natürliche Kausalität. Diese wird beim Anscheinsbeweis mit dem conditio sine qua non-Test geprüft. Die Kausalität ist gegeben, wenn es nicht zum Schadensereignis gekommen wäre, hätte die haftpflichtige Partei den vom anwendbaren Haftungstatbestand verlangten Soll-Standard eingehalten (z.B. wenn das Werk keinen Mangel aufgewiesen oder sich die Partei nicht fahrlässig verhalten hätte). Die Abweichung vom Soll-Standard muss für das Schadensereignis

1068 GREGER, Festschrift Huber, S. 151.

kausal sein. Relevant sind zwei Kausalverläufe: einerseits die reale Kausalkette zwischen dem konkreten Handeln der haftpflichtigen Person oder dem Zustand der Sache (Ist-Zustand) und dem eingetretenen Ereignis; anderseits die hypothetische Kausalkette zwischen dem Soll-Standard und einem hypothetischen Alternativereignis.

Das Wissen über die in Frage kommende Ursache ist beim Anscheinsbeweis unterschiedlich. Bei der ersten Fallgruppe – vorliegend Kausalität eines bestimmten Faktors genannt – steht das Verhalten der haftpflichtigen Partei fest und dient als Indiz. Der typische Geschehensablauf lässt den Schluss zu, dass der Ist-Zustand kausal war für das Schadensereignis, während der Soll-Standard zu einem Alternativergebnis geführt hätte. Bei der zweiten Fallgruppe – der Irgendwie-Verursachung – ist der Ist-Zustand nicht bekannt. Als Indiz dient lediglich das Schadensereignis. Der Erfahrungssatz trifft in der Regel eine Aussage zur hypothetischen Kausalkette, nämlich dass es beim Einhalten gewisser Vorsichtsmassnahmen nicht zum schädigenden Ereignis gekommen wäre. Bei der Irgendwie-Verursachung wird ebenfalls die Kausalität bewiesen. Zusätzlich wird der Beweis erbracht, dass die haftpflichtige Partei den gesetzlich verlangten Soll-Standard nicht eingehalten hat. Damit wird beim Nachweis der Ist-Soll-Diskrepanz das Beweisthema modifiziert. Die geschädigte Partei muss nicht darlegen, was der haftpflichtigen Partei konkret vorzuwerfen ist.

*Überzeugungsbildungsvorgang*: Alle untersuchten Rechtsordnungen kennen beide Varianten des Anscheinsbeweises. In den verschiedenen Jurisdiktionen greifen die Gerichte jedoch unterschiedlich häufig darauf zurück. Ein Anscheinsbeweis kommt dann in Frage, wenn sich die geschädigte Partei in Beweisschwierigkeiten befindet. Wie oft solche Beweisschwierigkeiten entstehen, hängt sowohl von der Ausgestaltung des materiellen Rechts als auch des Prozessrechts ab. Knüpft der Haftungstatbestand nicht an eine Abweichung vom Soll-Standard an, sondern an eine Tätigkeit (z.B. den Betrieb eines Fahrzeugs), ergeben sich bei der Kausalität weniger Beweisprobleme. Daneben haben die prozessualen Regeln, wie die Tatsachen in den Prozess eingebracht und bewiesen werden können, Einfluss darauf, wie häufig es zu Beweisschwierigkeiten kommt. Sieht das Prozessrecht beispielsweise umfangreiche Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei vor, wie es im angloamerikanischen discovery-Verfahren der Fall ist, müssen die Gerichte seltener auf den Anscheinsbeweis zurückgreifen.

Die Überzeugungsbildung des Gerichts beruht auf zwei Pfeilern: der Stärke des typischen Geschehensablaufs sowie der Wahrscheinlichkeit von alternativen Kausalverläufen. Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich

bei der Kausalität eines bestimmten Faktors dann um einen typischen Geschehensablauf, wenn der Ist-Zustand das Schadensereignis viel häufiger verursacht als der Soll-Standard. Bei der Irgendwie-Verursachung ist in der Regel entscheidend, dass es nur sehr selten zum Schadensereignis kommt, wenn der Soll-Standard eingehalten wird. In diesem Fall greift das Gericht auf den Erfahrungssatz über die hypothetische Kausalität zwischen Soll-Standard und Alternativergebnis (Ausbleiben des Schadensereignisses) zurück. Dabei handelt es sich um eine nicht unproblematische Vereinfachung.

Um die Wahrscheinlichkeit alternativer Kausalverläufe abschätzen zu können, stellt das Gericht auf die Erklärungen der Gegenpartei ab. Wenn die Anscheinsbeweisgegnerin keine Indizien vorbringt, die für einen anderen Kausalverlauf sprechen, wird die Überzeugung in den vom typischen Geschehensablauf vermittelten Verlauf gestärkt. Dieses Argument ist umso gewichtiger, je eher davon auszugehen ist, dass die Anscheinsbeweisgegnerin über abweichende Indizien verfügen müsste, hätte sich der von ihr behauptete alternative Kausalverlauf tatsächlich zugetragen.

Sind nur wenige Informationen vorhanden, stellt der Anscheinsbeweis für das Gericht die einzige Möglichkeit dar, um sich eine Überzeugung zu bilden. Mit diesem Überzeugungsbildungsvorgang sind Gefahren verbunden. Erstens wird der Überzeugungsbildungsprozess bei der Irgendwie-Verursachung abgekürzt, weil relevante Entscheidungsparameter vernachlässigt werden.[1069] Zweitens kann es an genügend sicheren Erfahrungssätzen fehlen. Der Anscheinsbeweis wird in solchen Fällen «missbraucht», um Billigkeitsurteile (scheinbar) zu rechtfertigen. Drittens kann das Gericht kognitiven Täuschungen erliegen, wenn es die Aussagen der Erfahrungssätze abschätzen muss.

*Beweisrechtliche Einordnung:* Die dogmatische Einordnung des Anscheinsbeweises ist in allen untersuchten Rechtsordnungen umstritten. Das Bundesgericht geht davon aus, dass mit dem Anscheinsbeweis keine Beweislastumkehr oder Senkung des Beweismasses einhergeht. Ausschlaggebend für die dogmatische Qualifikation ist das bei der zu beweisenden Tatsache anwendbare Beweismass. Die Untersuchung hat ergeben, dass mit dem Anscheinsbeweis der Kausalität eines bestimmten Faktors das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erfüllt wird. Der Anscheinsbeweis hat keine Umkehr der objektiven Beweislast zur Folge. Da bei der natürlichen Kausalität das Beweismass ohnehin auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit her-

1069 Es geht um zwei Wahrscheinlichkeiten: einerseits die Anfangswahrscheinlichkeit, dass die haftpflichtige Person den Soll-Standard nicht gewahrt hat, und anderseits die Wahrscheinlichkeit, dass es bei einer Abweichung vom Soll-Standard zum Schadensereignis kommt.

abgesetzt ist, kommt es auch zu keiner ausserordentlichen Beweismassherabsetzung. Im Gegensatz dazu geht die Irgendwie-Verursachung mit einer solchen Herabsetzung einher. Für Tatsachen, die unter das Ist-Soll-Tatbestandsmerkmal (z.B. Werkmangel) subsumiert werden, gilt eigentlich das Regelbeweismass. Bei der Irgendwie-Verursachung bildet das Gericht seine Überzeugung über die negative Tatsache (das Nichteinhalten des Standards) mithilfe von Kausalitätsüberlegungen. Aufgrund dieses «unsicheren» Schlusses sowie der möglichen Fehlerquellen wird das Regelbeweismass für die negative Tatsache (Nicht-Soll-Standard) nicht erfüllt. Die ausserordentliche Beweismassherabsetzung lässt sich mit der zwischen den Parteien bestehenden Informationsasymmetrie rechtfertigen. Die geschädigte Partei kann im Gegensatz zur haftpflichtigen Partei nicht wissen, weshalb es zum Schadensereignis kam. Bei beiden Fallgruppen des Anscheinsbeweises wird die subjektive Beweisführungslast verschoben. Die Anscheinsbeweisgegnerin muss aufzeigen, dass alternative Kausalverläufe ebenso in Frage kommen. Dafür muss sie in der Regel Indizien beweisen, die auf solche alternativen Schadensursachen hinweisen.

Die sog. natürliche Vermutung hat dieselben beweisdogmatischen Eigenschaften wie der Anscheinsbeweis. Die Gerichte schliessen ebenfalls mithilfe von Erfahrungssätzen von einem Indiz auf die zu beweisende Tatsache.[1070] Man könnte deshalb auch auf den Begriff Anscheinsbeweis verzichten und von einer (speziellen) natürlichen Vermutung sprechen. Wichtig ist lediglich die Erkenntnis, dass sich beim Schluss auf Kausalverläufe Besonderheiten ergeben.

*Anwendungsbereich des Anscheinsbeweises:* Mit dem Anscheinsbeweis wird in der Regel die haftungsbegründende Kausalität bewiesen. Dabei handelt es sich um den Zusammenhang zwischen der Ist-Soll-Diskrepanz und der Rechtsgutverletzung der geschädigten Partei (z.B. die Verletzung der Person oder die Beschädigung der Sache). Damit ein Schadenersatzanspruch besteht, muss die geschädigte Partei nicht nur diesen Teil der Kausalkette, sondern ebenfalls die sog. haftungsausfüllende Kausalität beweisen. Damit ist der Zusammenhang zwischen der Rechtsgutbeeinträchtigung und dem Vermögensschaden gemeint. Die geschädigte Partei muss also beweisen, dass beispielsweise ihre dauerhaften körperlichen Beschwerden vom «Unfall» stammen, den die haftpflichtige Person verursacht hat. Im Gegensatz zur haftungsbegründenden Kausalität kann dieser Zusammenhang kaum mit

1070 Schwierig zu sagen ist vor allem, ob «Irgendwie-Feststellungen» bei natürlichen Vermutungen ebenso mit einer ausserordentlichen Beweismassherabsetzung einhergehen wie bei der Irgendwie-Verursachung.

einem Anscheinsbeweis nachgewiesen werden. Für die Prüfung dieses weiteren Kausalverlaufs sind praktisch immer «Details» über den konkreten Fall bekannt, weshalb sich das Gericht nicht auf allgemeine Zusammenhänge beschränken darf. Ebenso kann mit dem Anscheinsbeweis kein konkreter vermögensmässiger Schaden bewiesen werden. Für die Schadensberechnung bzw. -schätzung werden zwar ebenfalls Erfahrungssätze benötigt (z.B. Statistiken zum Durchschnittseinkommen). Der Überzeugungsbildungsvorgang ist aber nicht mit dem Anscheinsbeweis vergleichbar. Ein Anscheinsbeweis ist grundsätzlich denkbar, um die Kausalität einer Pflichtverletzung für sog. reine Vermögensschäden zu beweisen (z.B. Verletzung der Sorgfaltspflichten eines Verwaltungsrats für den Gläubigerschaden infolge eines Konkurses). Aufgrund der tendenziell komplizierteren Kausalverläufe ist der Anscheinsbeweis in solchen Fällen in der Praxis aber kaum relevant. Eine Irgendwie-Verursachung ist bei einem Sachverhalt dieser Art praktisch ausgeschlossen.

*Konsequenzen des Anscheinsbeweises für den Zivilprozess:* Beim Anscheinsbeweis sind die Anforderungen an die substantiierte Behauptung des Kausalverlaufs herabgesetzt, weil die geschädigte Partei nur über wenige Informationen verfügt. Bei der Irgendwie-Verursachung muss sie nicht darlegen, inwiefern die haftpflichtige Partei vom Soll-Standard abgewichen ist. Der typische Geschehensablauf muss – sofern er allgemein bekannt ist – nicht behauptet werden. Bei der Bestreitungslast der haftpflichtigen Partei ergeben sich keine Besonderheiten. Der typische Geschehensablauf ist nicht zwingend zu bestreiten.

Das Gericht hat drei Massnahmen zu ergreifen, um beim Anscheinsbeweis die Gefahr von Fehlurteilen zu verkleinern. Erstens ist die antizipierte Beweiswürdigung nur sehr eingeschränkt zulässig. Über Indizien, die auf einen alternativen Kausalverlauf hindeuten, muss das Gericht immer Beweise abnehmen. Zweitens sind die Parteien vor Urteilsfällung darauf hinzuweisen, dass das Gericht in Erwägung zieht, auf einen Anscheinsbeweis abzustellen. Die Anscheinsbeweisgegnerin muss Gelegenheit erhalten, sich zum typischen Geschehensablauf zu äussern. Drittens hat das Gericht detailliert zu begründen, auf welche Erfahrungssätze es abstellt und weshalb der Schluss vom allgemeinen auf den konkreten Zusammenhang zulässig ist.

Die Überzeugungsbildung mit dem Anscheinsbeweis ist vor der Rechtsmittelinstanz frei überprüfbar. Insbesondere das Bundesgericht kann ohne Einschränkung der Kognition prüfen, ob die Vorinstanzen zu Unrecht (nicht) auf den Anscheinsbeweis abgestellt haben. Bei internationalen Fällen richtet sich der Anscheinsbeweis – wie das Beweismass – nach der lex causae.

Die bundesgerichtliche Beschreibung des Anscheinsbeweises (siehe S. 24) lässt sich aufgrund dieser Erkenntnisse wie folgt präzisieren: Der Anscheinsbeweis

1. kommt zur Anwendung, wenn die Haftung an eine Abweichung vom rechtlich gebotenen Standard anknüpft (Ist-Soll-Diskrepanz);
2. erlaubt es, mit Erfahrungssätzen entweder auf die Kausalität eines bestimmten Faktors für ein Schadensereignis oder auf eine Irgendwie-Verursachung zu schliessen;
3. modifiziert bei der Irgendwie-Verursachung das Beweisthema, indem die Feststellung genügt, dass das Handeln der haftpflichtigen Person nicht dem Soll-Standard entspricht;
4. setzt seitens der geschädigten Partei Beweisschwierigkeiten voraus, weil neben dem Schadensereignis und allenfalls dem als Ursache in Frage kommenden Faktor keine weiteren Einzelheiten zum Kausalverlauf bekannt sind;
5. setzt einen typischen Geschehensablauf voraus, während die Wahrscheinlichkeit alternativer Kausalverläufe sehr gering ist, insbesondere weil keine Indizien vorliegen, die für solche sprechen.
   - Bei der Kausalität eines bestimmten Faktors trifft der typische Geschehensablauf die Aussage, dass das Verhalten der haftpflichtigen Partei die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gegenüber dem Soll-Standard stark erhöht;
   - Bei der Irgendwie-Verursachung wird in der Regel darauf abgestellt, dass es sehr selten zum Schadensereignis kommt, wenn der Soll-Standard eingehalten wird;
6. kehrt die objektive Beweislast nicht um, führt aber zu einer Verschiebung der subjektiven Beweisführungslast, indem die haftpflichtige Partei einen alternativen Kausalverlauf behaupten und Indizien vorbringen muss, die für einen solchen sprechen;
7. erfüllt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, was bei der Irgendwie-Verursachung einer ausserordentlichen Beweismassherabsetzung entspricht;
8. könnte auch als spezielle natürliche Vermutung bezeichnet werden;
9. hat zur Folge, dass der Kausalverlauf von der geschädigten Partei nur grob geschildert werden muss;
10. bewirkt, dass die geschädigte Partei keine Beweismittel i.S.v. Art. 168 ff. ZPO offerieren muss, wenn der typische Geschehensablauf allgemein bekannt ist;
11. wird vom Bundesgericht frei überprüft;
12. richtet sich nach der lex causae.

*Über den Autor:*
Christoph Mettler studierte Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Er war u.a. Substitut in einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Zürich und Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Meilen. Seit Juni 2021 arbeitet er als Rechtsanwalt in Zürich. Die vorliegende Arbeit entstand während seiner Assistenztätigkeit am Lehrstuhl von Prof. Dr. Ulrich Haas.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich hat vorliegende Arbeit am 9. März 2022 auf Antrag von Prof. Dr. Ulrich Haas und Prof. Dr. Samuel Baumgartner als Dissertation mit dem Prädikat *summa cum laude* abgenommen.

*sui generis* ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: **Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014**
028 – APARIUZ XXIII: **Recht in der Krise**
027 – Maja Łysienia: **Seeking Convergence?**
026 – Marc Thommen: **Introduction to Swiss Law** (2nd edition, 2022)
025 – Severin Meier: **Indeterminacy of International Law?**
024 – Marina Piolino: **Die Staatsunabhängigkeit der Medien**
023 – Reto Pfeiffer: **Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)**
022 – Nicole Roth: **Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft**
021 – Roger Plattner: **Digitales Verwaltungshandeln**
020 – Raphaël Marlétaz: **L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale**
019 – APARIUZ XXII: **Unter Gleichen**
018 – Kristin Hoffmann: **Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren**
017 – Monika Pfyffer von Altishofen: **Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen**
016 – Valentin Botteron: **Le contrôle des concentrations d'entreprises**
015 – Frédéric Erard: **Le secret médical**
014 – Stephan Bernard: **Was ist Strafverteidigung?**
013 – Emanuel Bittel: **Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht**
012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: **Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht**

011 – Lorenz Raess: Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration
010 – David Henseler: Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private
009 – Dominik Elser: Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben

Die Bücher 001 – 008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe *sui generis,*
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 15. Juli 2022

*Abdruck der von der Rechtswissenschaflichen Fakultät der Universität Zürich genehmigten Dissertation.*






Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

ISBN: 978-3-907297-30-8
DOI: 10.38107/030
Korrektorat: Kaspar Mettler, Christoph Meyer
Gestaltung: Müller+Hess, Basel
Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

030

# DER ANSCH
# IM SCHWEIZ
# ZIVILPROZE

Die vorliegende Arbeit widmet sich einer speziellen Form des «Beweisens» im Zivilprozess. Beim Anscheinsbeweis geht es darum, einen Kausalzusammenhang mit der Lebenserfahrung und dem Allgemeinwissen nachzuweisen. Der Begriff «Anscheinsbeweis» taucht in der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung zwar immer wieder auf, was damit gemeint ist, bleibt aber oftmals unklar. Die Arbeit befasst sich mit den offenen Fragen zum Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess: Es wird untersucht, (1) was damit gemeint ist, (2) was damit genau bewiesen wird, (3) wie das Gericht seine Überzeugung bildet, (4) wie der Anscheinsbeweis ins Gefüge von Beweislast, Beweismass und Beweiswürdigung einzuordnen ist, sowie (5) welche Konsequenzen sich für den Zivilprozess ergeben.

sui generis
ISBN 978-3-907297-30-8
DOI 10.38107/030